P E R

LA SPETTANZA DEL MAGGIORATO SPONZA

I N P R O

Di D. Diodato Sponza

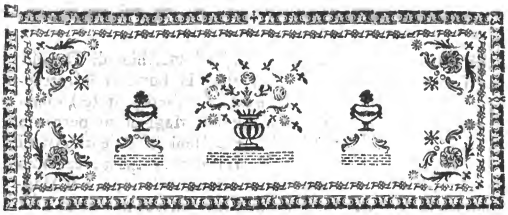
C O N T R O

D. Antonia Sponza.

N E L S. R. C.

MERITEVOLISSIMO COMMESSARIO
Il Regio Configliere Signor D. Antonino Brancia.

In Banca di Graziano
Scrivano Alimenti.



Viene un' altra volta all' esame del S. C. in grado di nullità la causa di D. Diodato Sponza con D. Antonia Sponza di lui patruele. Ebbe D. Diodato la sventura di succumbere nella prima decisione; e la fama portò che de' sei Ministri votanti due opinarono in di lui favore, e fu il terzo dubbio, ed esitante, in guisa che al partito appiglioffi di seguire nell' incertezza il numero maggiore. Ma se tal sorte ebbe allora la causa, si augura al presente D. Diodato Sponza, che sponendosi con maggior estensione al S. C. i suoi dritti, e nel dubbio animo de' Magistrati, che fu ron di contrario avviso, tutta la chiarezza, di cui la causa stessa è suscettibile, spargendosi, possa la sentenza contro di lui profferita venir rivocata. Stato della causa;

La presente questione si aggira nell' esame della dispositione fatta con istrumento del 1768. da' fratelli Rev. D. Agostino, e D. Felice Sponza, e da D. Lorenzo Sponza di lor nipote per parte di fratello premorto, i quali considerando alla durazione del lustro, e decoro della di lor famiglia, e non essendovi altri, che ravvivar la potesse, fuor- Disposizione fatta dal Rev. D. Agostino, D. Felice e D. Lorenzo Sponza nel 1768.

 chè

chè Niccola Sponza, unico figliuol maſchio di D. Felice (giacchè D. Agoſtino era prete, e D. Lorenzo infruttuoſe le ſue nozze avea per lungo tempo ſperimentate), ſtimarono di tutt' i loro beni fondare un Maggiorato perpetuo in beneficio di detto Niccola, e de' ſuoi diſcendenti maſchi in infinito, quali diſcendenti mancando, e ſpenta eziandio la linea femminile di coteſto chiamato, vollero, che il Maggiorato ceſſaſſe, e liberi i beni perveniſſero, per metà a D. Anna Maria Sponza ſorella dell' anzidetto chiamato, Niccola, e nell'altra metà a D. Antonia Sponza, ſorella dell'accennato Lorenzo, ch' era uno de' tre coſtitutori del detto Maggiorato. Le parole di tal diſpoſizione uopo è diſteſamente qui rapportare. *Hanno ſoggiunto eſſi Signori D. Agoſtino, D. Felice, e D. Lorenzo, che avendo conſiderato di quanta importanza ſiano, e neceſſarj i beni di fortuna, e perpetuazione di eſſi in una famiglia, per mantenerſi florida perpetuamente in quello ſtato, in cui il Signore Iddio l' ha ſtabilita; e ſituata; e riflettendo non eſſervi più mezzo efficace per mantenere, ed aumentare le ricchezze, quanto formare delli beni di ſopra deſcritti, ed annotati, e di quelli, che potranno acquiſtare in avvenire in qualunque modo, e luogo, un majoraſcato, primogenitura, e fideicommeſſo a beneficio del detto ſignor D. Niccola di loro nipote, figlio, e fratello cugino riſpettivamente, e de' diſcendenti maſchi naſcituri da eſſo, precedente legittimo matrimonio, da oggi, & in perpetuum . . . . E volendo detta di loro deliberazione, e ſtabilimento mandare ad effetto per pubblico iſtrumento, com' è di dovere, PER IL FINE DI SOPRA MEMORATO* (cioè di conſervare i beni nella propria famiglia), *e ſpecialmente per aver baſtevolmente conoſciuto, e ſperimentato, che la condotta del detto ſignor D. Niccola tende piuttoſto alla dilapidazione, che all' aumento, o alla peggior lettura al mantenimento de' deſcritti beni, e di quelli acquiſtandi, e per altre giuſte cauſe, e ragioni a queſto atto degnamente la loro mente moventino, le quali ſe qui non ſi eſprimono, vogliono nondimeno, che ſi abbiano per eſpreſſe, e ſpecialmente dichiarate, di ſorte che ciaſcuna di dette cauſe*

Parole di detta diſpoſizione.

così

così unite, come separate, e divise, sia da per se principale, e potente, ferma, e valida in perpetuum. *Quindi è, che oggi suddetto giorno detti signori Sponza,* sponte, non vi, dolo, sed omni meliori modo &c., *da ora per allora, seguita la di loro morte, e due ore avanti di quella, liberamente, e graziosamente, sotto le seguenti condizioni, proibizioni, vincoli, e clausole, e non altrimenti &c., hanno donato, e donano per titolo di donazione irrevocabile tra vivi non meno li beni di sopra descritti, ma anche gli acquisti, che* in futurum, *durante la lor vita, potessero fare. E per causa della predetta donazione, da ora per allora cedono, rinunciano, ed assegnano al suddetto Signor D. Niccola assente, e per esso a me Notaro presente &c., durante la vita del medesimo, come si dirà, ed alli suoi figli, e discendenti maschi primogeniti da corpo legittimo, e naturale, precedente legittimo matrimonio, da primogenito in primogenito* in perpetuum, & in infinitum, *preferendosi sempre la primogenitura, ed in loro mancanza gli altri infrascritti chiamati in detto maggiorato, primogenitura, e fedecommesso, assenti, e per essi a me infrascritto Notaro presente, e per quelli interveniente, stipulante, ed accettante.*

E primieramente esso Signor D. Niccola, figlio, nipote, e cugino respettivamente delli suddetti signori Sponza, sia delli suddetti beni descritti, e futuri acquirendi, e ne debba essere, durante la sua vita, e non più, soltanto usufruttuario, e dopo la sua morte il di lui figlio primogenito ne sia, e debba essere per anche usufruttuario, la sua vita durante, e dopo la sua morte, siano, e pervenghino li beni suddetti da primogenito in primogenito discendenti da esso Signor D. Niccola in perpetuum, *e mentre il mondo durerà. Con dichiarazione espressa, che l' usofrutto di detti beni lo debba godere esso Signor D. Niccola dopo la morte di detti Signori zio, padre, e fratello cugino rispettivamente, di guisa, che premorendo l' uno all' altro, chi resterà superstite, o superstiti, dovrà aver cura, e godere dell' usofrutto delli beni suddetti, e somministrare ad esso Signor D. Niccola soltanto gli alimenti.*

E seguita la morte di tutti e tre essi Signori Sponza donanti, delli beni suddetti esso Signor D. Niccola ne sia, e debba essere semplice usufruttuario, sua vita durante solamente, e dopo la sua morte la proprietà, ed usofrutto di detti beni debbano restare sotto perpetuo fedecommesso a beneficio de' suoi figli, e discendenti maschi da primogenito in primogenito, ed altri chiamandi, come si dirà: cosicchè morendo detto signor D. Niccola primo chiamato al godimento di detto fedecommesso perpetuo, debba succedere nel godimento de' frutti il di lui figlio primogenito, con peso di dover corrispondere a' suoi fratelli secondogeniti, se siano quattro, due terze parti de' frutti, e se un solo, la quarta parte (1).

Riserba limitata di disporre.

Si riserbaron essi in quell' istrumento anche una limitata facoltà di disporre, la quale sebbene non fosse stata distruttiva del Maggiorato, e delle successive chiamate, siccome faremo al S. C. a suo luogo avvertire, pure D. Felice, e D. Lorenzo fecero di poi separati testamenti, ne' quali si appartarono in qualche modo dalla disposizione fatta nel Maggiorato; poichè D. Lorenzo sostituì, nell' estinzione della linea di Niccola, D. Antonia Sponza, sua sorella, nella quota, ch' ei conferita avea nel Maggiorato, e D Felice sostituì in detto caso nella sua porzione D. Anna Maria Sponza sua figlia.

Testamento di D Felice, e D. Lorenzo Sponza.

Morte di D. Nicola Sponza nel 1770.

Ma nel 1770. avvenne, che quest' unico rampollo della famiglia, D. Niccola Sponza, su cui tutte le mire aveano i fedecommettenti rivolte, essendo un giovine di perduta vita, pria di torre stato conjugale, tratto da insano furore, nella verde età di anni ventidue da se stesso si uccise, rimanendo così ogni speme de' suddetti fedecommettenti delusa.

Dichiarazione del Rev. D. Agostino, e D. Felice nel 1771.

Era allor trapassato D. Lorenzo, ed erano superstiti gli altri due costitutori del maggiorato; il Rev. D. Agostino, e D. Felice, sventurato padre del suicida, i quali deliberarono, che esso

(1) *Fol.* 20. *&* 21. *a t.*

esso D. Felice, benchè di età molto matura, a nuove nozze passasse, dalle quali unico germe nacque, ch' è il nostro cliente D. Diodato. Quindi con pubblico atto nel 1771. essi dichiararono, qual era stata nel 1768. la comune deliberazione, quale l'idea, la mente, ed il volere, non men di loro, che del defunto nipote D. Lorenzo; cioè di conservare i beni nella famiglia, a qual fine fondato aveano il Maggiorato, e che D. Niccola Sponza erasi per primo chiamato eletto, poichè unico egli era, benchè di lui poco contenti ne vivessero, nè qualsivoglia altro maschio, che il di lui luogo tener potesse, avrebbero omesso, se a ciò avessero avvertito; giacchè sarebbe stato al loro fine opposto l'invitare, nella estinzion della linea di Niccola, D. Antonia, e D. Anna Maria Sponza, se fosse lor caduto in pensiere poter sopravvenire un maschio rappresentante la famiglia, che fosse nello stesso grado, e luogo di Niccola surrogato. Dissero dunque, che costui vivo, e gran desiderio era stato anche di Lorenzo, dalla cui bocca aveano ciò sempre inteso, poichè visse sempre costui nella medesima casa con esso loro unito (2).

(2) Parole della dichiarazione. *Che ebbero nella ferma deliberazione soltanto il decoro della propria agnazione . . . . per tanto in vigore del presente istrumento espressamente dichiarano, che la prenarrata disposizione di fedecommesso, e majorato fatto per detto qu. D. Niccola, si debba intendere, e manifestamente vogliono, che s' intenda comprensivo, ed a favore de' figli, o siano maschi, o femmine, che nasceranno da questo matrimonio, ed anche dagli altri, che detto signor D. Felice potesse contrarre. Ed asserisconо di vantaggio, che giusta la maniera da essi di sopra dichiarata, tale si fu appunto la mente, e la risoluta intenzione del quond. D. Lorenzo Sponza di loro nipote* ex fratre, *allor che concorse unitamente*

Sentenza del S.C. de' 30. Gennajo 1795.

Ora in tali circostanze il S. C. opinò, dovere una sì chiara volontà trasandare, e far luogo all'ultima chiamata delle femmine, in pregiudizio del maschio della famiglia: ma siccome i due difponenti superstiti erano stati gl'interpreti della lor volontà, così credette non poter D. Antonia Sponza sulle porzioni di questi due aspirare, poter bensì pretendere la terza porzione del predefunto D. Lorenzo, che tutta fu a lei aggiudicata (1); quantunque in ogni caso una sola metà ella pretender ne potesse, poichè concorrer con lei dovea D. Anna Maria Sponza, altra chiamata, ch'eguál dritto di lei su questa terza parte per irrevocabil donazione vantava, e che ogni ragione aveva a D. Diodato suo fratello ceduta.

Divisione della Scrittura.

Con molta ragione adunque si è D. Diodato Sponza della sentenza del S. C. col rimedio delle nullità doluto, le quali debbon con Ministri aggiunti esaminarsi. Quindi noi in suo pro sosterremo, che il Maggiorato intero si deve a lui; e quando al più in parte toglier se gli potesse, non potersi a D. Antonia Sponza altro dare, che una sola sesta porzione, cioè la metà della porzione di Lorenzo di lei fratello; e perciò questi due punti imprendendo a dimostrare, la nostra Scrittura in due parti divideremo, giu-

---

te con essi costituiti a fare l'anzidetta disposizione di fedecommesso, e majorato per detto D. Niccola; sapendosi tutto ciò con certezza da essi costituiti di essere stato tale lo spirito, indole, e mente del riferito qu. D. Lorenzo, appunto perchè l'intesero dalla propria bocca di esso D. Lorenzo, il quale sempre visse in comune, e nella stessa casa con essi. fol. 244.

(1) *Parole della Sentenza de' 30. Gennajo del 1795: S.C. declarat bona remansa in hereditate qu. D. Laurentii Sponza spectare, & spectavisse ad Mag. D. Antoniam Sponza germanam sororem dicti qu. D. Laurentii, una cum fructibus, pro quantitate, & tempore liquidandis.*

giuſtificando nella prima, che tutto il Maggiorato è a D. Diodato dovuto, e nella ſeconda prova do, che non più della ſeſta parte del tutto potrebbe D. Antonia pretendere, cioè la metà della porzione meſſa in mezzo da D. Lorenzo Sponza.

PARTE PRIMA.

L'intero Maggiorato a D. Diodato Sponza ſi appartiene.

A D. Diodato ſi appartiene il Maggiorato interamente per tre conſiderazioni, che all alta intelligenza del S. C. ſommettiamo. La prima, che chiara è la volontà de' diſponenti, quale attender ſi deve. La ſeconda, che la ſteſſa natura de la diſpoſizion primogeniale la chiamata del maſchio della famiglia, che trovaſi nello ſteſſo grado, e luogo del primo chiamato, implicitamente racchiude. La terza finalmente, che la contemplazione della famiglia, e dell'agnazione, che fu baſe, e principio della diſpoſizione fatta da' Signori Sponza, la chiamata di ogn' individuo della famiglia comprende. Queſti tre argomenti ci prendiam l'aſſunto di dilucidare, ed eſporre con tutta quella eſtenſione, che un tanto affare richiede.

CAP. PRIMO.

La volontà de' costitutori del Maggiorato deve preferirsi alla lettera della disposizione.

LA volontà de' tre fedecommettenti Sponza non può dirsi dubbia, o equivoca, ma nell' istrumento del Maggiorato è così bene manifestata, ed espressa, che non lascia dietro di se ombra di esitazione. E chi dir potria, che s' essi avessero preveduto poter D. Niccola Sponza, unico rampollo della famiglia, senza prole mancare, e poter nascere da D Felice un altro maschio, germano ad esso D. Niccola, lungi dal chiamare due donne già maritate, ed uscite dalla famiglia, non avrebbero questo maschio ad esse preferito, e nel luogo di Niccola surrogato? E come può giudicarsi altrimente dal leggersi sul principio dell' istrumento, che il fine, ond' essi si mossero a disporre, unicamente fu per mantenere co' beni di fortuna perpetuamente florida la di loro famiglia Sponza, il qual desiderio già da gran tempo nudrivano, conciossiachè avendo prima collocato in matrimonio D. Lorenzo, fatta gli avean donazione de' loro beni, colla mente, *che si dovessero quelli conservare nella posterità della loro famiglia* (1): ed esperimentate poi dette nozze infruttuose, costrinsero D. Felice nel 1744. a prender moglie, cui fecero la simile donazione? Dall' osservarsi in oltre aver essi a tal fine nell' istrumento del Maggiorato tanto studio, e cure adoperate, e nell' ordinare l' indivisibilità de' beni, e nel dispor le chiamate, e nel proibire le alienazioni, e nel vincolare tutt' i beni presenti non men, che futuri, non si vien visibilmente a giudicare, che Niccola non fu invitato, se non come un rappresentante della famiglia, e che

Desiderio della conservazione della famiglia; e studio usato nel disporre il maggiorato.

fareb-

(1) *Fol.* 190. *ad* 193.

ſarebbe ſtato egualmente chiamato qualunque altro trovato ſi foſſe in ſuo difetto nello ſteſſo luogo, e grado di lui? Il leggerſi oltre a ciò Niccola colla qualità di *unico figlio maſchio di D. Felice* nominato, non fa egli vedere, eſſere ſtato unicamente invitato, perchè unico maſchio della famiglia egli era, non già per un perſonale affetto, o per particolari qualità, che in lui concorreſſero; e che perciò non fu contemplata la perſona, ma la qualità della perſona? che anzi nella perſona di coſtui tutte qualità negative concorrevano, mentre nell'iſtrumento medeſimo ſe gli fa un elogio, caratterizzandoſi per giovane perduto, diſſipatore, e di cattiva indole; onde per pura neceſſità veniva egli chiamato, perchè maſchio, ed unico maſchio della famiglia? Finalmente il vederſi, nella eſtinzion totale della diſcendenza di Niccola, chiamata la di lui ſorella già maritata, può arreſtar la ragione dal non concedere, che il fratel di Niccola, che foſſe ſopravvenuto, e reſo già primogenito, avrebbe nell'animo de' donanti preſo l'iſteſſo luogo, e che non ſarebbero eſſi giammai paſſati a chiamar la ſorella, facendo ceſſare la primogenitura, ed il fedecommeſſo?

Chiamata di Niccola Sponza come unico maſchio della famiglia.

Chiamata della ſorella di Niccola Sponza maritata.

Tante riflemoni, che a gara nella mente ſi affollano, inducono ogni uomo, che ſia di ragion dotato, a fermamente decidere, che ſe la naſcita di un altro maſchio della famiglia preveduto ſi foſſe potere per alcun caſo avvenire, non ſolo ſarebb' egli ſtato in mancanza di Niccola ſoſtituito, ma forſe, e ſenza forſe a lui preferito.

Or vediamo, ſe un caſo, che per qualunque accidente ſopravviene, il quale non ſia ſtato preveduto, e diſpoſto, ma ſe preveduto per avventura ſi foſſe, non ſi ſarebbe omeſſo, ſe tal caſo, diciamo, debba decidersi ſecondo la mente, il deſiderio, ed il volere de' fedecommettenti, ovvero debba dirſi, che quantunque foſſe vero, che ſe la naſcita di D Diodato Sponza aveſſe potuto cadere in mente di que', che diſpoſero, l'avrebbero in mancanza di Niccola ſurrogato, come primogenito, e capo della famiglia, pur ciò non oſtante queſto caſo non preveduto non debba metterſi a calcolo, ma abbiaſi a dar luogo alla chiama-

Se il caſo non preveduto debba decidersi ſecondo ciò che i diſponenti avrebbero diſpoſto.

ta delle donne, con estinguersi nel suo nascere un Maggiorato con tante cure costituito? E' questo lo stato della presente questione, onde vede il S. C. esser questa una di quelle controversie in tutta l'antichità spesso ventilate, se debba nella interpretazion delle volontà seguirsi la lettera, o il volere de' disponenti, cioè preferirsi lo scritto alla volontà, o la volontà allo scritto, della qual disputa così scrisse Quintiliano: *Scripti, & voluntatis frequentissima quæstio est, & pars magna controversi juris hinc pendet* (1); imperciocchè D. Antonia Sponza nostra contraddittrice crede esser per se la lettera, e questa averti a seguire: noi all' opposto tenere in pro di D. Diodato Sponza la chiara, ed aperta volontà, la quale debba dal probo, e saggio Giudice alla lettera preferirsi, cui ricordiamo quell' aureo detto di Marco Tullio: *Scriptum sequi calumniatoris est: boni judicis scripturis voluntatem, non scripta ipsa defendere* (2); val dire, che costando del desiderio de' fedecommettenti, il caso avvenuto dee dirsi, non ostante, che manchino le parole, virtualmente nella disposizione compreso.

Nella traslazione de' dominj si attende ciò che il padrone ha voluto, e ciò che non ha voluto.

E per poter ciò vie meglio dimostrare, rammentiamoci in prima una teoria del dritto delle genti non men, che civile, che per potersi i beni da uno in un altro trasferire, la volontà del padrone, che de' suoi beni disponga, unicamente richiedesi, onde nella traslazion de' dominj non altro indagar si deve, se non quel, che il padrone abbia voluto; ed anche quello, che voluto non abbia. Debbon dunque i beni passare in colui, al quale il padrone vuol, che pervengano: non debbono all' opposto pervenire in quelli, a' quali il padrone vuole o che assolutamente non pervengano, o che in alcuni casi, ed in certe circostanze non pervengano. Coteste due proposizioni hanno nel dritto civile una piena osservanza, e quinci deriva quella massima, che i Giureconsulti han dettata, cioè

(1) *Inst. Orat. lib. 7. cap. 6.*
(2) *Orat. pro A. Cæcinna cap.* 23.

cioè *la volontà ſola eſſer quella, che ne' fedecommeſſi maſſimamente prevale* (1), *ella la ſola, che oſſervar ſi deve* (2); *per eſſer più valevole, e potente delle parole* (3), *e più antica del dritto* (4), e da ciò anch'è, che il Principe de' Giureconſulti Papiniano definì il dritto de' fedecommeſſi *jus voluntatis* (5).

Nè diverſamente avviene, ſe coſti, che il diſponente o aſſolutamente, o in alcuni caſi non abbia voluto, che i chiamati da lui i ſuoi beni acquiſtino. Dice in tal rincontro il Giureconſulto Africano: *Non eſt ex bona fide id ei reſtitui, quod ad eum teſtator pervenire noluerit* (6): *pervenire noluerit*, o aſſolutamente, o in alcuni caſi nella volontà compreſi, come a dire mutato lo ſtato delle coſe, e ſopravvenendo perſona più diletta, ch'egli avrebbe antepoſto, ſe vi aveſſe avvertito. Ed a tal uopo il dottiſſimo Enrico Coccei così riflette: *Cum ſola voluntas teſtatoris lex, & norma ſit ultimarum voluntatum, ceſſat omnino diſpoſitio, ſi deinde caſus ſuperveniat, in quem id non voluiſſet teſtator* (7). E quindi avviene quel, che nell'iſteſſo dritto civile è anche ſtabilito della tacita adenzione de' legati, e fedecommeſſi, o ſe il teſtatore chiami in altra ſcrittura peſſimo uomo il legata-

 rio

(1) *Voluntatem defuncti maxime in fideicommiſſis valere*, *l.* 95. *ff de legat.* 3.

(2) *Sola voluntas ſervatur in fideicommiſſis*, *l. penult. ff. de legat.* 1., *l.* 57. §. 1. *ff. ad Trebellian.*

(3) *Prior, & potentior eſt, quam vox, mens dicentis*, *L.* 7. *in fin. ff. de ſuppellect. legat.*

(4) *Voluntas defuncti antiquior jure eſt*, *Plin. lib.* 5. *Epiſt.* 7. *n.* 2.

(5) *L.* 3. §. 2. *ff. de uſuris.*

(6) *L.* 46. *ff. de hered. inſtit.*

(7) *Tom.* 2. *diſp. XV. de rebus ſic ſtantibus cap.* 7. §. 1.

rio (1), o se inimicizie con costui sopravvengano (2), o se finalmente in altra specie riduca, o senza necessità la cosa legata alieni (3).

La volontà si spiega non solo colle parole, ma anche con argomenti, e congetture.

Posto dunque, che dal volere, o non volere del disponente tutta la successione, e l'acquisto de' beni dipende, questo volere, o non volere in qualunque modo si comprenda, deve osservarsi; laonde non è necessario, che dalle sole parole una tal volontà si rilevi, essendovi molti e molti altri indizj della volontà, che son più potenti dell'espresse parole. Ed in fatti non son già le parole quelle, che dispongono de' beni, ma son esse un organo, ed un mezzo, per cui la volontà si dichiara, e si manifesta; tal che se le parole senza la volontà da se sole fossero valevoli, attender si dovrebbero anche quelle del fatuo, e quelle, che per forza, per dolo, o per errore ci sien tratte di bocca. Quindi saggiamente Cicerone avverte, che se gli uomini spiegar potessero i desiderj dell'animo senza far uso delle parole, certamente non si sarebber queste inventate; ma non perciò le parole, che servono a mostrare il nostro volere, debbono da se sole formare un dritto contro la volontà, ed alla mente prevalere di chi le ha profferite: *Voluntos si tacitis nobis intelligi possit, verbis omnino non uteremur: quia non potest, verba reperta sunt, non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem* (4). Ed anche il Giureconsulto Paolo notò: *Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litteræ, obligamur* (5). Ove dunque costi della volontà, cessano del tutto le parole, e può il nostro desiderio esprimersi

(1) *L.* 13. *ff. de adim. legat.*
(2) *L.* 3. *§. ult., e l.* 4. *eod.*
(3) *L.* 88. *pr. & §.* 1. *de legat.* 3., *§.* 12. *Inst. de legat.*
(4) *Orat. pro A. Cæcinna.*
(5) *L.* 38. *ff. de obl. & act.*

merfi anche co' moti del corpo, e co' ſegni, o con altre congetture, che formano un linguaggio muto più potente delle parole iſteſſe (1). E perciò il Giureconſulto Celſo diſſe. *Prior, & potentior eſt, quam vox, mens dicentis* (2); e Pomponio: *Voluntas facit, quod in teſtamento ſcriptum valeat* (3); finalmente Giuſtiniano: *Cum manifeſtiſſimus eſt ſenſus teſtatoris, verborum interpretatio nuſquam tantum valeat, ut melior ſenſu exiſtat* (4); per cui non ſolo i fedecommeſſi vagliono ancorchè fatti per via di ſegni, come diſſe Ulpiano (5), ma molte, e molte altre coſe, al dir di Modeſtino, *nutu fiunt* (6).

Perciò il caſo non preveduto ſi decide ſecondo la mente, e'l deſiderio del diſponente.

Da tali ſani principj del dritto naſce una regola certa, indubitata, e coſtante, da' Giureconſulti con uniformità mai ſempre oſſervata, e nella interpretazion delle leggi, e nella interpretazion de' contratti, e nella interpretazione delle volontà, che il caſo o dal legislatore, o da' paciſcenti, o dal diſponente non preveduto, ſe per accidente avviene, dee deciderſi, e regolarſi ſecondo la mente del legislatore, de' contraenti, e del diſponente, e non già in balia della fortuna, e del caſo dee rimanerſi.

Vediamo dunque l' uniformità d' interpretare in tutti tre gli eſpoſti caſi quale ſia ſtata.

(1) *V. Moller. diſſ. de oculiloquio.*
(2) *L. 7. in fin. ff. de ſuppellect. legat.*
(3) *L. 12. §. 3. in fin. de legat. 1.*
(4) *L. 3. C. de liber. præter.*
(5) *Fragm. tit. 25. §. 3., vid. l. 21. ff. de legat. 3., l. 22. C. de fideicom.*
(6) *Sed & nutu ſolo pleraque conſiſtunt, l. 52. §. 10. ff. de obl. & act.*; cioè *delegamus etiam nutu, paciſcimur, jubemus*, come ſpiega il Cujacio *Comm. ad l. 1. §. 1. ff. de V erb. obl.*

Il caſo dalle leggi non deciſo, ſi decide ſecondo la mente del legislatore.

IN rapporto alle leggi, quantunque eſſe abbian preveduti ſolo que' caſi, che per lo più avvengono, omettendo quelli, o che *ex inopinato* accadono, come al dir di Teofraſto riferiſce Pomponio (1), o che *uno aliquo caſu forte accidere poſſunt*, come diſſe Celſo (2), o che *ſemel, aut bis exiſtunt*, come ſcriſſe Paolo (3); pure queſti caſi omeſſi, e non preveduti non altrimenti decider ſi debbono, che ſecondo la mente del legislatore ne' ſimili caſi ſpiegata. *Neque leges*, dice Giuliano, *neque ſenatuſconſulta ita ſcribi poſſunt, ut omnes caſus, qui quandoque inciderint, comprehendantur: . . . . non poſſunt omnes articuli ſingillatim, aut legibus, aut ſenatuſconſultis comprehendi: ſed cum in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is, qui juriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita jus dicere debet* (4). Ed in conformità di queſti principj i Giureconſulti tutt' i caſi deciſero: onde anche ſurſero le utili azioni ~~nelle coſe civili, e nelle criminali le straordinarie~~, quando il caſo, che occorreva, non era nella legge eſpreſſamente compreſo, ma nella ragion della legge virtualmente ſi conteneva. E per addurne alcun eſempio, Scevola nella nota legge *Gallus de liber., & poſth.* propone il caſo, che abbia l'avo ſoſtituito un nipote *tantum in mortis filii caſum*, ed avvenghi, che coteſto nipote ricadi in poteſtà dell'avo, o per mezzo dell'emancipazione, o per l'eſilio del padre: *hi enim caſus*, dice il Giureconſulto, *non pertinent ad legem Vellam*: dovrebbe dunque in queſti caſi, de' quali la legge non parla, romperſi il teſtamento; ma pure Scevola, il caſo dalla legge omeſſo *ex ſententia legis*, diſſe, doverſi ſupplire, *ſed ex ſententia legis Velleæ & hæc omnia admitten-*

Eſempj.

(1) *L.* 3. *ff. de legib.*
(2) *L.* 4. *eod.*
(3) *L.* 6. *eod.*
(4) *L.* 10. 11. 12. *eod.*

tenda ſunt, ut ad ſimilitudinem mortis ceteri caſus admittendi ſint (1). Similmente Ulpiano del Senatoconſulto Trebelliano parlando, il quale dava all' erede iſtituito, e gravato di reſtituzione, dritto a poter ritenere la quarta, dice, che benchè del ſolo erede iſtituito ivi ſi parli, nulladimeno per l' uniformità di ragione anche agli eredi *ab inteſtato* lo ſtabilimento appartenga; *Meminiſſe oportebit de herede inſtituto Senatum loqui. Sed eſt verius, eoque jure utimur, ut hoc ſenatuſconſultum ad inteſtatos quoque pertineat* (2). Così del pari favellando egli di un reſcritto di Antonino, che ſoccorreva l'erede iſtituito, qual era ſtato ad adire aſtretto, inſegna, che anche *in ceteris cauſis exemplum hoc ſequendum* (*).

Potremmo infiniti altri eſempj produrre di tante eſtenſioni fatte dagli antichi Prudenti a' caſi dalle leggi non preveduti, e ſpecialmente quante utili azioni eſſi non dettarono nella materia della legge Aquilia: ma faremmo jattura del tempo in divagarci tant' oltre, mentre le coſe dette ſono aſſai baſtevoli a conchiudere, che tutti i caſi dalle leggi non preveduti ſianſi ſecondo la mente delle medeſime deciſi, come ſe foſſero ſtati in quelle eſpreſſamente dettati.

Caſo non preveduto ne' contratti, ſi determina ſecondo la mente de' contraenti.

PAſſiamo alla interpretazion de' contratti. Quivi anche la ſteſſa uniformità d' interpretazion ſi ravviſa, cioè, che i caſi non preveduti, que' caſi, che *raro accidunt*, i quali, al

(1) *L. Gallus* 29. §. 2. *ff. de liber., & poſthum.*

(2) *L.* 6. §. 1. *ad Trebell.*

(*) *Cum igitur demonſtraverit Divus Pius* (ſon ſue parole) *ſuccurri heredi inſtituto, qui compulſus adit: dici poteſt, etiam in ceteris cauſis exemplum hoc ſequendum, ſicubi venerit, reſtituatur fideicommiſſariis hereditas ei, qui compulit adire, & reſtituere ſibi hereditatem, L.* 11. §. 2. *in fi n. eod.*

al dir di Giuliano, *non temere in agendis negotiis computantur* (1), si decidono secondo la mente de' contraenti. E' Papiniano, che dice: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit* (2): è Giustiniano, che affermò esser giusto, *voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere* (3), e specialmente ciò avviene in que' contratti, ove la buona fede si aggira, ne' quali il caso omesso è dall' arbitrio del giudice supplito, come se espressa menzione fatta sen fosse, valendo tanto in tai casi l' ufficio del giudice, quanto l' espressa stipulazione. *Tantumdem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet*, dice il Giureconsulto Paolo, *quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio* (4).

Esempi. E perchè non senza esempj anche questo secondo genere d' interpretazione si lasci; degno, e notabile è un responso di Giuliano, il quale insegnò, che i casi incerti nelle stipulazioni specialmente non preveduti, vengon racchiusi nella clausola del dolo, per virtù della quale tutti sì fatti casi secondo la mente de' contraenti si comprendono. *Stipulationes commodissimum est ita componere, ut quæcumque specialiter comprehendi possint contineantur: doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possint, & ad incertos casus pertinent* (5). Il perchè Papiniano disse, che appunto a tale oggetto fu da' Prudenti la clausola del dolo inventata (*). E Scevola rapporta una stipulazione sotto il solo nome di Tizio erede concepita, e ciò

(1) *L. 64. ff. de reg. jur.*
(2) *L. 219. ff. de verb. signif.*
(3) *L. ult. C. quæ res pign.*
(4) *L. 7. ff. de negot. gest.*
(5) *L. 53. ff. de verb. obligat.*
(*) *Doli clausula, quæ stipulationibus subiicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim caveretur, l. 119. ff. eod.*

e ciò non oſtante a tutti gli altri eredi, ſecondo il ſentimento di Giuliano eſteſa : *Julianus ſcripſit , ſi neque per te, neque per heredem tuum Titium fieret , quominus mihi ire liceat , ſtipuler ; non ſolum Titium teneri , ſi prohibeat , ſed etiam coheredes ejus* (1). E finalmente Papiniano il caſo rapporta di un donante , che il patto riverſivo appoſe a beneficio del di lui fratello erede , ma quindi procreò un figlio , ch' erede gli divenne , e la ſtipulazione a beneficio di coſtui eſtenderſi fu riſoluto (2); della qual legge avrem più volte in queſta Scrittura occaſione di favellare.

MA quel che finora ſi è detto per dimoſtrare l' uniformità d' interpretare le leggi , ed i contratti, con maggior eſtenſione da' Giuriſprudenti ſi ſpiega nella interpretazione de' fedecommeſſi , ove e con dottrine , e con eſempj la teoria del dritto coſtantemente ſpianata ſi vede, che i caſi non preveduti decidere aſſolutamente ſi debbano ſecondo ciò, che il diſponente avrebbe voluto, ſe vi aveſſe penſato . Quivi , dice Giuſtiniano , *veſtigia voluntatis teſtatoris æſtimanda ſunt* (3) ; e nell' indagar tali veſtigia , dee tenerſi preſente la veriſimiglianza , ciò, che il diſponente abbia in caſi ſimili ordinato , la ragione , ed il fine , che lo moſſe a diſporre , ed il deſiderio , e l' affezione , ch' egli nella ſua diſpoſizione ha moſtrata ; e finalmente combinar ſi debbono , e ridurre ad uno ſcopo tutte le particolari volontà in un caſo ſpiegate , per portarle ad un ſiſtema di volontà , e conoſcere la volontà in generale quale ſia

Caſo non preveduto nelle ultime volontà , e ne' fedecommeſſi , maſſimamente ſi decidono ſecondo il deſiderio de' diſponenti, e giuſta quel che avrebbero detto , ſe vi aveſſero avvertito .

(1) *L.* 131. *princ. ff. de verb. obligat.*
(2) *L.* 40. §. 3. *ff. de pact.*
(3) *L.* 23. *C. de legat.* , *ed in detta legge* §. 1. *In omnibus teſtatoris voluntatem , quæ legitima eſt , dominari cenſemus ; l.* 5. *C. de neceſſ. ſerv. hered. inſtituend. quia ſemper veſtigia voluntatum ſequimur teſtatorum .*

ſtata. A tal uopo Ulpiano dice, *conjectionem fieri ejus quod reliquit, vel ex vicinis ſcripturis, vel ex conſuetudine patrisfamilias, vel regionis* (1). Ma udiamone in riſtretto gl' inſegnamenti ſparſi a larga mano nel corpo del dritto. Dice Modeſtino: *Licet non ea verba proponuntur, ex quibus filia teſtatricis fideicommiſſo a Gajo Sejo, poſtquam præſtiterit, quæ teſtamento legata ſunt, petere poſſit: tamen nihil prohibet, propter voluntatem teſtatricis, poſt mortem Gaii Seii fideicommiſſum peti* (2). Papiniano inſegna: *Si omiſſa fideicommiſſi verba ſunt, & cetera, quæ leguntur, cum his, quæ ſcribi debuerunt, congruant; recte datum, & minus ſcriptum, exemplo inſtitutionis, legatorumve intelligitur* (3). Ed in altro luogo: *Nonnunquam autem ex voluntate varie reſcriptum, & judicatum eſt: videlicet ſi non ſub appellatione heredum, ſed propriis nominibus expreſſis fideicommiſſum relinquatur* (4). Scriſſe Marcello: *Secundum id, quod credibile eſt cogitatum, credendum eſt* (5). E Celſo: *Teſtatoris voluntas, ſi quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda eſt* (6). E Gajo: *In his, quæ extra teſtamentum incurrerent, poſſunt res ex æquo, & bono interpretationem capere* (7). Finalmente Ulpiano: *Non tantum enim verba fideicommiſſi, ſed & mens teſtatoris tribuere ſolet libertatem fideicommiſſariam* (8): *Facit totum voluntas defuncti* (dice in altro luogo); *nam quid ſenſerit ſpectandum eſt* (9).

Eſempj. Ma da' precetti paſſiamo agli eſempj, quali nel dritto in gran copia ci ſi preſentano di tanti, e tanti caſi da diſponenti

non

(1) *L.* 21. §. 1. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.*
(2) *L.* 34. *in fin. ff. de legat.* 2.
(3) *L.* 67. §. 3. *de legat.* 2.
(4) *L.* 24. *ff. ad Trebell.*
(5) *L.* 24. *ff. de reb. dub.*
(6) *L.* 25. *eod.*
(7) *L.* 16. *ff. de condit., & demonſtrat.*
(8) *L.* 24. §. 8. *ff. de fideicomm. libert.*
(9) *L.* 35. §. 3. *ff. de hered. inſt.*

non preveduti, ed omessi, e dalle leggi colla scorta delle congetture suppliti, o con caso simile espresso, o dal fine, e dalla ragione, che il disponente ha mosso, o dal desiderio, ed affezione, ch'egli ha mostrata, o per la pietà, o finalmente quando dal tenore dell'intera disposizione apparisse, che se il caso avvenuto preveduto si fosse, così si sarebbe, e non altrimenti disposto. Ne additeremo alcuni.

Un testatore istituito avea erede il figliuol postumo, colla condizione, *si post mortem meam intra decem mensium spatium nascetur*, ed essendo nato vivente il padre, Giustiniano decise doversi anche costui aver per istituito, nè il testamento doversi tener per rotto (1); sulla qual legge il Gotofredo questa epigrafe appose: *In ultimis voluntatibus casus omissus habetur pro expresso*; ed il Bartolo notò: *Institutionem factam de posthumo in unum casum, porrigi ad alterum, ad quem testator verisimiliter processisset, si de eo cogitasset* (2); ed a tale stabilimento è uniforme l'altro caso nell'Uditorio dell'Imperator Marco Antonino deciso, ove Papiniano presedeva: Avendo la moglie di un tal Brasida Spartano lasciato a' figli un fedecommesso sotto la condizione, *si morte patris sui juris fuissent effecti*, ed essendo stati costoro dal padre emancipati, fu deciso esserssi la condizione avverata, ancorchè fosse il padre tuttavia vivente; *intellecta matris voluntate, quæ, quia non crediderat patrem eos emancipaturum, distulerat in mortem ejus fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem, si eum emancipaturum speraſſet* (3). Altro bellissimo esempio reca Giuliano. Un testatore istituì in otto parti dell'eredità erede il postumo, se fosse maschio, e nelle rimanenti quattro parti istituì erede la moglie: se poi il postumo fosse femmina, la istituì erede in quattro parti dell'asse, e nel di

L. 4. C. de posth. hered. inst., e l. 22. pr. ff. ad Trel.

L. 13. ff. de lib & posth.

(1) *L. 4. C. de posthum. hered. instituend.*
(2) *V. Gotofredo su detta leg.*
(3) *L. 22. pr. ff. ad Trebell.*

più anche istituì erede la moglie. Ora avvenne un caso, ch'egli non avea preveduto: nacque simultaneamente un maschio, ed una femmina. In tal caso adunque il Giureconsulto seguì le tracce della volontà del testatore, proporzionando la sua decisione alle mire, ed al desiderio, che quello avea manifestato nel distribuire la sua eredità tra la moglie, il figlio, e la figlia (*). Altro esempio arreca Paolo di un testatore, che legò alla moglie un servo, ed un' ancella nomata Agatea, qual serva di poi egli stesso vendette, e quindi avendo fatta compra di altre schiave, ad una di esse lo stesso nome di Agatea impose. Si questionò, se questa s'intendesse nel legato compresa, quantunque in tempo del testamento non ella, ma l'altra era stata legata, colla cui vendita il legato era stato già tolto. Paolo, ciò non ostante, rispose, che anche questa dovea intendersi legata, per la ragione, che questa a quella parevà esser surrogata, allorchè le si appose l'istesso nome (1).

L. 28. §. 1. ff. de C. & D.

L. 43. ff. de vulgari.

Lo stesso Giureconsulto propone anche l'esempio di uno, che aven-

(*) *Si ita scriptum sit, si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto; si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto; & filius, & filia nati essent: dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat: ita enim, secundum voluntatem testantis, filius altero tanto amplius habebit, quam uxor: item uxor altera tanto amplius, quam filia: licet enim subtili juris regulæ conveniebat, ruptum fieri testamentum, attamen, quum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad hujusmodi sententiam, humanitate suggerente, decursum est: quod etiam Juventio Celso apertissime placuit, L. 13. ff. de liber., & posthum. hered. instituend.*

(1) *L. 28. §. 1. de condit., & demonstrat.*

avendo un figlio muto già pubere, dal Principe impetrò il permeſſo di dargli un ſoſtituto, e gli ſoſtituì Tizio. Il muto quindi, dopo la morte del padre, tolſe moglie (caſo dal teſtatore non preveduto, che poteſſe il mutolo ammogliarſi, o che donna vi foſſe, che ad uom tale ſi congiungeſſe in iſpoſa): Ed ecco ſu di ciò quel, che il Giureconſulto riſpoſe: *nec enim aut patrem, aut Principem de hoc caſu cogitaſſe veriſimile eſt., ut eum, qui poſtea naſceretur, exheredaret* (1). Su queſti ſteſſi principj è fondato il famigeratiſſimo reſponſo di Papiniano nella *l. cum avus de condit. & demonſtrat.*, nella quale ſi propone il caſo, che un avo abbia al nipote *ex filio* impoſto di reſtituire, fra gli anni trenta morendo, l'eredità al zio, altro figlio del teſtatore; nella qual ſoſtituzione Papiniano definì, intenderſi tacitamente la condizione apposta, purchè il nipote ſenza figli tra gli anni trenta mancaſſe, quali figli ſi doveano intendere *conjectura pietatis* al ſoſtituito anteposti, per la ragione, *quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inveniretur* (2); qual ſentimento Giustiniano encomiando, dice di Papiniano, *intelligentem non eſſe veriſimile, patrem, ſi de nepotibus cogitaverit, talem feciſſe ſubſtitutionem* (3). E non ſolo un fedecommeſſo, ma anche l'istituzion dell' erede, che *lingua nuncupari debet*, fu per la congettura della pietà, in un caſo da una teſtatrice non preveduto, dagl' Imperatori Severo, ed Antonino ſupplita. Se una madre, eſſi reſcriſſero, avendo due figli, gl' istituiſce eredi, quindi ne naſce un terzo, e potendo ella di poi il testamento mutare, nol fa, meritamente un cotal testamento come inofficioſo ſi reſcinde: ma ſe avviene, ch' ella muoja nel parto, allora, non avendo potuto provvedere ad un caſo re-

L. cum avus 102. de C. & D.

L. 2. C. de inoff. teſtam.

(1) *L.* 43. *ff. de vulg.*

(2) *L. Cum avus* 102. *ff. de condit., & demonſtrat., l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideic., l. generaliter* 6. *C. de inſtitut.*

(3) *D. l.* 6. *C. de inſtit., & ſubſtitut.*

pentino, si ha cotesto ultimo figlio come tacitamente istituito. *Sed cum eam in purperio vita decessisse proponas; repentini casus iniquitas per conjecturam maternæ pietatis emendanda est: quare filio tuo, cui nihil, præter maternum fatum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset* (1). Così del pari dal desiderio, e dall' affezione mostrata da un padre ad un suo figliuol naturale, che come figlio legittimo trattollo, aggregandolo agli uffici municipali, gl' Imperatori Leone, ed Antemio dedussero doversegli per una tacita volontà del padre istesso l' eredità dare, benchè al padre morto *ab intestato* il figliuol naturale succedere non potesse, la seguente ragione da essi allegandosi: *quoniam desideria morientium ex arbitrio viventium non sine justa ratione colligimus* (2). In simil tenore Papiniano rispose nel caso di un donante, che imposta avendo la restituzione di parte della dote in favor del ~~suo fratello erede, avvenne~~, che poi procreò de' figli, e questi eredi rimase, quali, dice il Gotofredo, non avrebbe omessi, *si nascituros speraset* (3), della qual legge avremo nel seguente capitolo occasione di più lungamente parlare. Finalmente co' medesimi principi il Giureconsulto Paolo affermò, che nel legato fatto a congiunti comprender si dovessero anche quelli, che in tempo del testamento non eran tali, ma poscia per arrogazione lo addivennero, quantunque fosse certo, non avere il testatore nel fare il legato avuti costoro in mente (4).

L. 4. C. de natural. liber.

L. 40 ff. de pact.

L. 19. ff. de reb. dubit.

L. 16. ff. de usu, & usufr. legat.

Pria però di compiere la serie degli esempj, non deggio omettere la specie, che rapporta Modestino nella nota *l. 16. ff. de usu, & usufr. legat.*, che ha per oggetto il desiderio manifestato da un testatore di voler conservare la sua memoria; il qual caso a quello, di cui ora si que-

(1) *L. 3. C. de inoffic. testam.*
(2) *L. 4. C. de natural. lib.*
(3) *L. 40. ff. de pact.*
(4) *L. 19. pr. ff. de reb. dub.*

si queſtiona, molto bene si adatta, giacchè noi trattiamo d' indagare la volontà de' Signori Sponza, i quali nel formar il Maggiorato, diſſero eſſer l'unico intenſiſſimo lor deſiderio quello della conſervazione del luſtro, e del decoro della propria famiglia. Rapporterem perciò pria le parole della legge, quindi al caſo in queſtione le adatteremo: *Legatum Civitati relictum eſt, ut ex reditibus quotannis in ea Civitate memoriæ conſervandæ defuncti gratia ſpectaculum celebretur, quod illic celebrari non licet. Quæro, quid de legato exiſtimes? Modeſtinus reſpondit: cum teſtator ſpectaculum ei voluerit in Civitate, ſed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum eſſe hanc quantitatem, quam in ſpectaculum defuncti deſtinaverat, lucro heredum cedere: igitur adhibitis heredibus, & primoribus Civitatis, diſpiciendum eſt, in quam rem converti debeat fideicommiſſum, ut memoria teſtatoris alio, & licito genere celebretur* (1). Vedaſi adunque quanto è queſta legge al noſtro caſo adatta. I tre diſponenti Sponza fondarono un Maggiorato *memoriæ familiæ conſervandæ gratia*: ma lo direſſero a perſona, cui *non licuit* di diſimpegnare il di loro intento. Dunque *iniquum eſt*, che la mente de' diſponenti ſia defraudata, quando è ſopravvenuto un equivalente modo, *ut memoria alio, & licito genere celebretur*. Infiniti altri eſempj di tal fatta nel dritto rinveniamo, quali voler tutti quì noverare, ſarebbe un far giungere ad una ſmiſurata mole qu ſta Scrittura, ma da chi ne ſia vago, riſcontrar ſi potranno nelle leggi, che noi nel margine allegheremo (2).

(1) *L.* 16. *ff. de uſu, & uſufruct. legat.*

(2) *L.* 64. *ff. de legat.* 2., *l. Poſtumeius* 92. *ff. de hered. inſtituend.*, *l.* 77. §. 13. *ff. de legat.* 2., *l.* 77. §. 15. *eod.*, *l.* 95. *ff. de legat.* 3., *l.* 16. *ff. de uſu, & uſufruc. legat.*, *l.* 3. §. 1. *&* 9. *ff. de tritic., vin., & oleo legat.*, *l.* 8. §. 7. *de pecul. legat.*, *l.* 25. *ff. de reb. dub.*, *l.* 27. *ff. de*

Non osta il caso singolare della *l. 16. ff. de testam. tutel.*

Ora a fronte a tali, e tanti esempj, che formano una costante armonia del dritto nelle interpretazioni de' casi omessi, e non preveduti o da' legislatori, o da' contraenti, o da' fedecommettenti; che vale il dire, che in caso di tutele fiasi da' Giureconsulti risposto in contrario? cioè che un testatore ignorando di aver Tizio per figlio, avendo a' figli dato il tutore, non s' intenda tra figli colui compreso, *de quo non sensisset*, siccome rispose Ulpiano (1). Questo solo testo, che nel dritto s' incontra, si è da DD. riputato singolare, che ha luogo nella sola tutela, essendosi considerato non meno, che qui si tratti d' imporre il gravame ad un estraneo, che dee nel dubbio rilevarsi dal peso della tutela, a cui sono i congiunti tenuti, ma anche non esservi alcun pregiudizio del figlio, o che alla testamentaria, o che alla legittima tutela egli soggiaccia; anzi all' opposto esservi molto vantaggio del medesimo, poichè il legittimo tutore vien dato con cognizione della sua probità, e con malleveria, laddove il padre e nella scelta della persona si può ingannare, ed il tutore testamentario a cauzion non soggiace: per tali motivi adunque del tutto singolari e proprj della tutela, e per la gelosa cura, che de' pupilli prendon le leggi, nell' atto, che a' padri la piena facoltà concessero di dare a' figli i tutori, in ogni dubbio il tutore testamentario esclusero, per cui anche definirono, che nelle sole tutele sotto il nome di figli i nipoti non si comprendessero, non ostante, che la stessa natura, al dir di Callistrato, insegni, *parentes pios filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri* (2). Così dottamente il Vinnio

ff. de condit., & demonstrat., l. 92. eod., l. 74. ff. ad Trebell., l. 15. C. de fideic., l. 3. C. de institut., & substitut.

(1) *L. 16. §. 3. ff. de testam. tut.*

(2) *L. 220. §. 3. ff. de verb. signif.*

nio avverte: *Nam nepotibus fortaſſe magis expediat peculiarem tutorem habere legitimum, vel dativum, quam eum, qui a parente datus eſt, qui filiorum tutela ſatis ſit implicitus, atque occupatus. Cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus interſit, ne nimium oneretur* (3): ed il chiariſſimo Eineccio: *Nulla tamen hic ſubeſt ratio interpretationis extenſivæ, quia nepotibus vel per legitimum, vel per dativum tutorem proſpicitur* (4). Non altrimenti inſegnò il dotto Brunnemanno nel comento ſulla detta legge di Ulpiano: *Et ſi quis filio dederit tutorem, omnibus dedſſe videtur, quia indefinita prolata etiam in ſingulari æquipollet univerſali, quando omnium eadem eſt ratio. Non tamen hoc extendendum ad liberos a patre ignoratos, l. 16. §. 3. Ex quo nonnulli probare voluerunt, quando teſtator ignoravit filium vivere, ſed pro mortuo habuit, quod tunc inſtitutio ad eum non porrigatur, quia de eo non cogitavit. Sed aliter ſentiunt DD. communiter, & reſpondent ad hunc textum, quod tutela ſit quidem favorabilis in pupillo, tutori tamen oneroſa; ideo anguſta debet eſſe ejus interpretatio, ne onus tutori impoſitum capiat incrementum, præſertim cum judex ignorati filii utilitati poſſit proſpicere, & ex præteritione filii in tutela reliquis non accreſcit incommodum, ut fit in præteritione filii in inſtitutione heredis.*

Fra gli Scrittori Forenſi così anche contro l'Aretino diſputarono Paolo di Caſtro, Aleſſandro, e Giàſone, ed i repetenti Spagnuoli, ſiccome rapporta Pariſio, la di cui autorità colle ſue proprie parole riferiremo: *Nec textus, ſuper quo ſe fundant gloſſa, & Aretinus in L. ſi quis ita in fin. ff. de teſtamentaria tutela, obſtabit; loquitur enim in caſu dubio, & oneroſo tutori, ut docent omnes* (1). Ma con maggiore eſtenſione è una ſi fatta diverſità dal Mantica

(3) *Com. ad §. 5. inſtit. qui teſtam. tut. n. 2.*
(4) *Elem. jur. Civ. lib I. tit. 14. §. 212. in adnot.*
(1) *Conſ. 66. n. 71. vol. 3.*

insegnata nella sua pregevole opera delle congetture della volontà: *Nec officit argumentum deductum ex d. l. si quis ita §. si quis ignoraret ff. de testam. tutel. . Quo ex mente Pauli de Castro, & Alexandri respondetur, quod loquitur in tutela, quæ tametsi sit favorabilis pupillis, tutoribus tamen est onerosa, & ideo angusta debet fieri interpretatio, ne onus tutoribus impositum accipiat incrementum; præsertim cum judex possit eorum utilitati prospicere . Secundo respondet etiam Ipso, quod ideo tutela non trahitur ad filium incognitum, quia ex hoc nullum sequitur detrimentum* (1).

Sicchè questo caso singolare della tutela, sopra sì particolari ragioni fondato, non può far urto a tanti esempj in contrario, nè distruggere una costante, ed inalterabile teoria di dritto da' Giureconsulti spiegata nella interpretazion delle leggi, de' contratti, e delle volontà. Se dunque di tutela qui si trattasse, potrebbe D. Antonia Sponza un tal singolare esempio produrre: ma come trattasi di fedecommesso, così ella ha il dovere di additarci un simil caso nella teoria de' fedecommessi ricevuto: il che non potrà fare giammai, ostandole l'universal sentimento de' Giureconsulti, che in ogni rincontro il contrario decisero.

Non per la sola congettura della pietà, ma per ogni altra congettura di volontà i casi non preveduti si decidono secondo la mente de' disponenti.

In oltre da D. Antonia Sponza si asserisce, che gli esempj da noi rapportati parlino in persona de' genitori, nelle disposizioni de' quali per la congettura della pietà l'estension si permetta. Ma gli esempj finora recati, dietro ad una costante teoria in tutti i casi di fedecommessi ricevuta, non de' soli genitori favellano, ma di ogni contraente, e fedecommettente, nè per la sola congettura della pietà, ma per altre eziandio, cioè o per l'affezione, o per la simiglianza, o per ogni altro, che indicasse la volontà, ed il desiderio del disponente, la disposizione al caso non preveduto estendono. E poi la con-

(1) *De conject. ult. vol. lib. 4. tit. 2. n. 8.*

Conjettura della pietà è una fra le tante congetture della volontà di chi diſpone, la quale non eſclude le altre; onde Papiniano diſſe, *etenim in cauſa fideicommiſſi, utcumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti* (1), non già *ſola conjectura pietatis potuit admitti*, ma ogni conjettura di volontà, nè ſolo nel fedecommeſſo paterno, ma *in cauſa fideicommiſſi*, e come nel principio di detta legge ſi dice, *in ſcriptura fideicommiſſi*, di ogni fedecommeſſo parlandoſi. In fatti la congettura della pietà è una delle molte congetture della volontà, appoggiata ſul verisimile, nè la pietà è un mezzo di dare i beni per neceſſità contro la volontà, ma a ſeconda di quella, giacchè può un padre, ſe vuole, ad onta della pietà, gravare il figlio, ancorchè muoja con figli, di reſtituire ad altri il ſuo retaggio; che anzi imponendo al figlio la reſtituzione, *ſi ſine filiis maſculis deceſſerit*, con tal dizione i Dottori tutti affermano venir le donne diſcendenti del teſtatore eſcluſe, nè poterſi eſſe giovare della diſpoſizione della legge *cum avus*; eſſendo la congettura della pietà dall' altra più valevole congettura, che riſulta dalla ſola comprenſione de' figli maſchi, vinta, ed eſcluſa (2).

Autorità di Dottori conformi all' eſpoſte teorie legali.

OR in conformità dell' eſpoſta teoria legale tutti i più cordati DD. hanno inſegnato, che ancorchè manchino le parole, il caſo omeſſo, e non preveduto ſupplito vien dalle congetture, che ſi deducono, o dalla ſimiglianza al caſo eſpreſſo, o dall' eguaglianza, o poziorità di ragione, o allorchè il caſo avvenuto ſia inſolito, che non ſi potè prevedere; ma ſpecialmente quando la ragione convie-

(1) *L. 64. ff. de legat. 2.*

(2) *Bart. in d. l. cum avus n. 4., Peregr. de fideicom. art. 28. n. 37., Molin. de primogenit. Hiſpan. lib. 3. cap. 5. n. 31., Fuſar. de ſubſtit. qu. 402. n. 5., & qu. 403. n. 225. & 227.*

nè in affermare, che ſe quel caſo preveduto ſi foſſe, ſi ſarebbe ſenza dubbio dichiarato, e diſpoſto.

Di tale avviſo furon Giovanni d' Imola, Paolo di Caſtro (1), Angelo (2), Bartolo, Baldo, Aleſſandro (3), Giaſone (4), Soccino (5), Curzio il giovane (6), Pariſio, Anna, e fra gli altri il ſopra lodato Cardinal Mantica: *Aut caſus omiſſus ſimilis eſt expreſſo, & habet eumdem effectum, & ad illum extenditur*, ſcriſſe Bartolo (7). *Proviſo facta in uno caſu, videtur facta in alio caſu ſimili*, notò Baldo (8). *Quando in perſona expreſſa adſunt aliquæ qualitates inhærentes, quæ conveniunt etiam in perſona non expreſſa, comprehenditur etiam perſona non expreſſa*, inſegnò Anna (9).

Pariſio. Ma con maggiore accuratezza, ed eſtenſione diſputarono il Pariſio, ed il Mantica, confutando tutti gli argomenti di que' pochi DD., che l'oppoſta ſentenza ſoſtennero. Il primo così ſcriſſe: *Certum eſt rationem, & mentem debere attendi, omiſſis verbis deſervientibus illi . . . Cujus opinio ſatis comprobatur, attenta mente, & ratione teſtatoris, quam obſervare debemus, & ſecundum quam includitur alius caſus, de quo ſi cogitaſſet, veriſimiliter expreſſius dixiſſet. Nec obſtabit illa objectio volentium diſpoſitionem teſtatoris non poſſe extendi de una perſona ad aliam perſonam. Nam Curtius expreſſe ſentit oppoſitum in terminis noſtris, conſiderata mente, & ratione teſtatoris, data identitate rationis. Cujus opinio*

(1) *In l. Titius pr. n. 7. de liber. & poſthum.*
(2) *Rapportato da Giaſone loc. ut infra.*
(3) *Ibid. ad fin. princ.*
(4) *In pr. d. legis n. 29.*
(5) *Eod. n. 40. e 41.*
(6) *Conſ. 75. col. antepenult. verſ. ſi ergo conceſſit.*
(7) *Ad l. Gallus §. & quid de liber. & poſthum.*
(8) *Ad d. l.*
(9) *Allegat. 139. n. 5.*

nio veriſſima eſt, & alia Aretini, & Decii penitus ſubvertitur, tum ex dictis ejuſdem Aretini, dum vult objectionem ceſſare, quando perſona, ad quam fit extenſio, modo aliquo poteſt comprehendi ſub verbis, & mente diſponentis, propter aliquam qualitatem illi inhærentem, adducit textum in L. tale pactum §. fin. ff. de pact. Prout etiam ceſſat objectio, quia contra illud Aretini eſt aperta deciſio Angeli volentis diſpoſitionem factam in una perſona extendi ad aliam, ſicut extenditur de uno caſu ad alium, quando ex conjecturis poteſt colligi, diſponentem, ſi fuiſſet interrogatus, ita diſpoſuiſſe, quam deciſionem Angeli contra Aretinum referi, & ſequitur Jaſo, & repetentes Hiſpani; quæ opinio ſatis comprobatur ex his, quæ diximus, & conſideravimus circa mentem, cauſam, & rationem, quibus teſtator fuit motus. Eo etiam, quia gloſſa in L. Titius pr. de lib. & poſth., ſuper qua ſe fundat Aretinus, communiter a pluribus reprobatur, & firmat ipſemet Aretinus ſibi contrarius, & dictam gloſſam reprobat Paul. de Caſtro. Nec textus, ſuper quo ſe fundant gloſſa, & Aretinus, in L. ſi quis ita in fin. ff. de teſtam. tutela obſtabit; loquitur enim in caſu dubio, & oneroſo tutori, ut dicunt omnes. Nec obſtabit d. §. Chryſogonus; nam hic verſamur in perſona penitus extranea, & ibi dicta pluribus modis limitantur, & dicta ibi non poſſunt adaptari ad ultimas voluntates, & ad caſum præſentem, in quibus fit extenſio de perſona ad perſonam, ex mente, ratione, verbis, ac conjecturis, quibus teſtator motus fuit ad diſponendum. Et quia opinio Angeli, & Sequacium contra Aretinum ſibi contrarium, & Decium, nedum ſit æquior, humanior, & magis communis, quinimo & verior in jure (1).

Mantica.

Il Mantica poi con non minor penetrazione, e ſiſtema legale ragionò. Dopo aver egli eſpoſta l'opinione della Gloſa, e dell'Aretino, così ſoggiunge: *Sed contrariam ſententiam tenet Jo. de Imola, & Paul. de Caſtro, & Alexander, & Aretinus,*

(1) *Conſil. 66. n. 61. 66. & ſeqq. vol. 3.*

sinus, qui est sibi contrarius, & Jaso, dicens hanc esse aequiorem, & benigniorem sententiam, quam etiam sequitur Jo. Crot., qui copiose disseruit, qui etiam dicit istam opinionem sibi videri aequiorem, & praeceptor meus D. Socinus junior tuetur, & ego legendo sum secutus. Et hujus quidem opinionis fundamentum consistit in L. 3. C. de inoff. testam., ubi mater instituit duos filios, & intelligitur ex conjectura voluntatis eum quoque instituisse, quem postea peperit, si quidem in puerperio decesserit, & testamentum mutare non potuerit.

Risponde quindi agli argomenti in contrario in tal guisa: *Neque huic sententiae obstant praedictae leges, & rationes; nam commodissime potest responderi, & primum quidem Glossae, quae colligit argumentum ex l. Titius de liber., & posthum., non recte argumentatur de exheredatione, quae est odiosa, ad institutionem, quae benigna, & favorabili interpretatione adjuvatur, l. cum quidem cod. Nec officit argumentum deductum ex l. si quis ita §. 3. de testam. tutel.*, alla qual legge risponde nel modo da noi di sopra rapportato.

Protegue il lodato autore a confutare gli altri opposti argomenti: *Non obstat vulgaris regula, quod actus agentium non debeant operari ultra eorum intentionem: quia sufficit intentio secundaria, quamvis deficiat primitiva, Baldus per text. in l. si absentis 3. C. si certum petatur. Item sufficit intentio tacita, seu implicita, l. si is qui §. ult. ff. commod., ubi, extra id, quod agitur, interdum tacita nascitur obligatio, & de institutione, ut ex verisimili testatoris voluntate subintelligatur, casus est in dicta l. 3 C. de inoff. testam., & in dicta l. Titius §. 1 de liber., & posthum.*

Nec officit, quod opinio testatoris sit spectanda in colligenda ejus voluntate, quia quando agitur, ut voluntas testatoris valeat, & non pereat, inspicitur potius quod est in veritate, quam quod est in opinione, §. si quis rem suam instit. de legat., & ita huic in specie respondet Joannes Crotus. Praecisis igitur contrariis juribus, & rationibus, CONCLUDENDUM EST FILIORUM INSTITUTIONEM, EX BENIGNA INTERPRETATIONE, ET EX CONJE-

JECTURA VOLUNTATIS, AD EUM ETIAM EXTENDI, QUEM TESTATOR SE HABERE IGNORAVIT, QUEM SIMILITER INSTITUISSET, SI EUM VIVERE COGITASSET. Et hanc quidem opinionem poſt Salicet., Imol., Paul. Caſtr., & Aret., qui ſibi eſt contrarius, ſequitur etiam, & benigniorem, & optimis rationibus fundatam dicit D. Sylv. Aldob. conſ. 105. n. 22. in fin., ubi etiam ſubdit, quod ita forte ſervaretur (1).

Ma la più fida, e ſicura regola, da tutti gli autori inculcata, è appunto quella d'indagare, *quid teſtator veriſimiliter diſpoſuiſſet, ſi de eo fuiſſet interrogatus*, come ſi eſprime il lodato Cardidal Mantica (2), ed il Duareno dice: *Nos ſic interpretamur verba teſtatoris, ut quod ab eo ſcriptum eſt, ad alia producamus, de quibus ne cogitavit quidem: Tanta vis eſt hujus interpretationis, quia id dicimus ex ſententia ejus eſſe, quod credibile eſt eum dicturum fuiſſe, ſi de eo conſultus, & interrogatus fuiſſet, vel de eo cogitaſſet* (3).

Ora di tal verità nel caſo noſtro non può eſſer controverſia. La forza del vero coſtringe l'iſteſſa D. Antonia ad affermare, che ſe la naſcita di D. Diodato foſſe ſtata preſente a' fedecommettenti; anzi che paſſare alle femmine, in di coſtui pro avrebbon diſpoſto, e forſe, e ſenza forſe anche in preferenza di D. Niccola, che per pura neceſſità eleſſero, perchè unico maſchio della famiglia: come in fatti ne' diſcendenti di D. Niccola ſi veggon ſempre i ſecondogeniti invitati, con perpetua eſcluſion delle donne anche, figlie del poſſeſſore del Maggiorato, fin che un maſchio, ancorchè de' più rimoti collaterali, nella famiglia vi rimaneſſe. Quindi ſembra pur ſuperfluo il conſiderare la ſimiglianza del caſo omeſſo al caſo diſpoſto, il fine, o'l deſiderio de' diſponenti, e la ragione, che li moſſe a diſporre, quali congetture tutte in gran folla nella perſona di D. Diodato

(1) *De conject. lib. 4. tit. 2.*

(2) *Idem n. 4., Intrigliol. centur. 3. de ſubſtit. qu. 76.*

(3) *In tit. ff. de liber. & poſthum. cap. 3. p. 466. Edit. Rovill.*

to concorrono; e ſpecialmente quella del paſſaggio, che fanno i diſponenti alla ſorella del primogenito D. Niccola, che certamente al loro diſegno non era punto di miglior condizione del fratel maſchio D. Diodato, che ſopravvenne, e preſe il luogo di primogenito della famiglia (1). Queſta congettura è delle più urgenti, e deciſive, ſiccome ſcrive il lodato Cardinal Mantica: *Proviſio facta in duobus gradibus ſubſtitutionum, cenſetur facta quoad aliam in medio poſitam, de qua teſtator idem dixiſſet, ſi cogitaſſet* (2); ed il dotto Politi: *Fit extenſio diſpoſitionis de perſona ad perſonam, quando ſi perſona, ad quam fit extenſio, non includeretur, magis dilectus eſſet deterioris conditionis, quam minus dilectus* (3). Tali, e tante congetture fanno a gara in iſpiegare la volontà de' fedecommettenti in favore di D. Diodato, che il dubitarne è lo ſteſſo, che urtare contro il ſenſo comune.

Politi;

Abbiamo fin quì vedute la ragione di D. Diodato Sponza ſoſtenuta dal ſiſtema legale, e con tante, e tante leggi avvalorata, contro le quali non altro ſi oppone, che un ſingolare eſempio della tutela, che a particolari ragioni è appoggiato; ed abbiam del pari eſpoſto l'univerſal ſentimento de' Scrittori del foro del tutto analogo alla teoria del dritto. Ne rimane ora a confutare le opinioni de' DD., che da D. Antonia Sponza contro di noi ſi allegano.

Autorità di Dottori, che in contrario ſi allegano.

Gloſa.

ED in prima noi non neghiamo, che la Gloſa, e l'Aretino vollero ſingolarizzarſi in ſoſtener l'oppoſta ſentenza; ma la Gloſa ſi appoggiò ad un argomento fallace, che ſi opponeva piuttoſto al di lei aſſunto, cioè alla legge *Titius de liber., & poſthum.*, la quale dice, che ſe un padre i figli direda, la diredazione non ſi eſtende anche a quel figlio, ch'egli ignorava di avere, e la ragione è, che l'eſtenſione in tal caſo non è ſecondo la volontà, ma con-

(1) *Contra officium eſt majus non anteponi minori*, dice Cicerone *de Offic.* 1. *cap.* 10.

(2) *Loc. cit.*

(3) *De fideicom. diſſert.* 1.

contro la medesima, giacchè la diredazione si suppone sempre fatta per giuste cause; quali cause non potevan certamente concorrere in quel figlio, di cui il genitore non avea nè pur scienza: *Exheredare pater filium cogitabat* (dice Cicerone), *te dicere, atque enumerare causas omnes oportebat, & explicare omnia vitia, atque peccata filii, quibus incensus parens potuerit animum inducere, ut naturam ipsam vinceret, ut amorem illum penitus insitum eiiceret ex animo, ut denique patrem se esse obliviscereturr; quæ sine magnis hujusce peccatis accidere potuisse non arbitror* (1). Onde la Glosa fu comunemente da' DD., e specialmente da Paolo di Castro riprovata, siccome abbiam veduto col testimonio del Parisio, il quale così affermò; *Glossa in l. Titius communiter a pluribus reprobatur*. L'Aretino poi fondossi sull'esempio della tutela, e fu con se stesso vario, e contraddittorio. *Aretinus sibi est contrarius*, scrissero Mantica, ed il citato Parisio. Aretino.

Oltre a ciò si allegano per parte di D. Antonia Sponza Fusario, Torre, Peregrino, Carlantonio de Luca, Odierna, e l'istesso Molina. Ma veggiamo se cotesti DD. siano a nol contrarj. E per quanto si appartiene al Fusario nel luogo dal Difensore di D. Antonia allegato, egli piuttosto in nostro pro conchiude. Figura questo autore, il caso, *si testator vocavit primogenitum Vincentii Fusarii, & sic successive semper; an, finita descendentia Vincentii, fiat transitus ad transversales de domo Vincentii?* Ed in sulle prime egli così risponde: *& tenendum est non esse faciendam extensionem ad illos transversales* (2). Queste sole parole rapportate si sono dal Difensore di D. Antonia Sponza, le quali contengono il caso semplice, e nudo, se chiamato il primo figlio di Tizio, e suoi discendenti, s'intenda anche chiamato Sempronio fratello di Tizio, e non del chiamato. In questo caso non conchiuse male Fusario per l'esclusione del fratello di Tizio, il di cui figlio era stato invitato, purchè però non vi fossero altri indizj, e Fusario.

(1) *Pro Sexto Roscio Amerino.*
(2) *Quæst.* 389. *n.* 1. & 3.

conjetture della volontà del disponente, nè essendovi la contemplazione dell' intera famiglia, nè concorrendo eguale, o maggior ragione nella chiamata del detto fratello, il quale essendo anche pur troppo noto al disponente, pare, che il non averlo chiamato dinotasse averlo piuttosto voluto escludere. Ma non opinò così il Fusario, quando il disponente dimostrata avesse un' affezione, e principal desiderio per la famiglia, quando a seconda di un tal desiderio la ragione dettasse, ch' egli invitato avrebbe il fratello secondogenito del chiamato, se pensato avesse di poter esistere, e che l' omissione del medesimo dipesa sia da inavvertenza, e non già da volontà di escluderlo. In tali circostanze il Fusario contro l' assunto di D. Antonia Sponza espressamente conchiude; *Sed quod*, egli soggiunge, *ubi adest eadem ratio, fiat extensio in primogenituris de persona ad personam, voluit Molina de primogenit. lib.* 3. *cap.* 5., *quem refert, & sequitur Menochius, ubi dicit primogenituram censeri in rem scriptam, non autem personalem, ideo perpetuo transire ad omnes. Quod tamen dictum est, extensionem fieri de persona ad personam in primogenituris, non est absolute verum, sed distinguendum erit cum Molina loc. cit., qui videndus erit* (1): e le ragioni del Molina son quelle stesse da noi notate, siccome coll' autorità di questo dotto Scrittore or ora dimostreremo. Della dottrina del Fusario si è dunque omessa la conchiusione, e nell' atto, che si è trascritta la di lui autorità, che chiamato Tizio, non s' intende chiamato Cajo Zio di Tizio, non si è avvertito all' eccezion della regola, cioè che Cajo chiamato anche s' intende, quando dalle congetture costi della volontà del disponente, di non averlo chiamato, sol perchè non l' ebbe avvertito.

Molina. Così similmente contro di noi si allega lo stesso Molina, ed i suoi Addenti (2). Ma questo dotto Spagnuolo propone nel

(1) *Fod. in fin.*

(2) *Molina lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 37., *e gli addenti al detto num.* 37.

nel luogo, che vien citato, se invitato ad un fedecommesso il figliuol primogenito, o altro agnato, o congiunto, e i suoi discendenti, s' intenda con ciò tacitamente contemplata l' agnazione, e se abbia perciò a stimarsi il fedecommesso agnatizio. Egli sostiene, che sol tra' chiamati, e non oltre, debba stimarsi l' agnazione considerata: che anzi altri Dottori non hanno ammessa questa dottrina della tacita contemplazion dell' agnazione, anche nelle persone invitate, qualora espressa menzione del desiderio della conservazione della sua famiglia non siasi fatta dal disponente; nè tal contemplazione potersi dedurre dalla chiamata de' maschi, che può attribuirsi all' amore verso il sesso maschile, siccome dottamente disputa il nostro Giuseppe de Rosa (1). Ma in grazia, che ha che far ciò col caso nostro, ove espressa menzion si fa della conservazione della famiglia, ed è da' disponenti cotesto desiderio spiegato, come base principale della loro disposizione? Noi qui non versiamo in dedurre dalle chiamate una tacita contemplazione della famiglia, qual deduzione non può regolarmente farsi oltre le persone espresse, perchè l' illazione del tacito derivar dee per legittima conseguenza dall' espresso, e non oltre: ma siam nel caso dell' espressa contemplazione fatta nel principio della disposizione. Odasi ora la dottrina del Molina rapportata ad arte dimezzatamente dall' avversario, per non far comparire la specie, di cui questo dotto Scrittore ragiona: *Septima conjectura erit, si testator masculis propriae familiae bona sua relinquat, ita ut unus eorum, ac proximior in eisdem bonis succedat. Expressio namque masculinitatis praebet conjecturam, ut prospectum sit agnationi. Cum igitur, ubi fideicommissum agnatis, seu agnationi relictum est, inter omnes agnatos perpetuum esse debeat: pari ratione idem in fideicommisso reli-*

(1) *Consult. 69. n. 39. 40. 41., Molina lib. 3. cap. 5. n. 27.*

to maſculis proximioribus dicendum erit, ut inter maſculos ex eadem familia procedentes perpetuum futurum ſit. Hoc tamen, quando fideicommiſſum maſculis ex familia teſtantis procedentibus indefinite relictum eſt, procedit; ſecus autem, ſi filio primogenito, vel alio agnato, vel cognato, & ſuis filiis, deſcendentibus maſculis fideicommiſſum relinquatur. Tunc namque, quamvis inter eos, qui ſpecifice vocati ſunt, cenſeatur habita agnationis ratio: hæc tamen conſideratio agnationis, & fideicommiſſi effectus perſonas nominatas non progreditur, nec totam agnationem comprehendit: ſed his maſculis, qui nominati fuerunt, deficientibus, illico fideicommiſſum ipſum expirat. E ſoggiunge: *Rationem conſervandæ agnationis, quæ ex maſculinitatis expreſſione comprehenditur, non eſſe conſiderandam in his perſonis, de quibus teſtator non diſpoſuit* (1). Conchiude però tutto ciò eſſer vero, *niſi ex aliis conjecturis conſtet, teſtantem majoratum, vel fideicommiſſum perpetuum inter maſculos propriæ familiæ efficere voluiſſe* (2). Anche dunque non contemplata eſpreſſamente l'agnazione, il Molina quivi ſoſtiene poterſi per via di conjetture il fedecommeſſo eſtendere oltre a' chiamati letteralmente: ma ſe ſi tratti di Maggiorato, il Molina, e tutt'i Spagnuoli furon d'avviſo, che baſti la ſola chiamata de' maſchi, per includere tutta l'agnazione (3), qual dottrina forma canone nella Spagna; ſiccome nel ſeguente Capitolo noi riferiremo. Che giova dunque allegar dottrine in caſo, ove non vi può eſſer controverſia, e tacere il caſo, in cui il nodo della queſtione conſiſte? rapportare, cioè, che chiamato Tizio, non s'intende chiamato Cajo, e paſſar ſotto ſilenzio, che può eſſer anche Cajo compreſo, quando coſti della volontà di chi diſpone?

Si.

(1) *Id. n.* 35. 36. 37.
(2) *Eod. n.* 38.
(3) *Id. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 29., *& lib. I. cap. XI. n.* 3.

Si allega anche Torre (1), la cui dottrina è ſimile alle antecedenti, giacchè nel ſeguente Capitolo il S.C. vedrà, che queſto Italiano, benchè avverſo alle maſſime Spagnuole, nulladimeno nel concorſo delle circoſtanze, che ſono nel caſo noſtro, non dubitò di affermare aſſeverantemente, di doverſi il Maggiorato eſtendere alla perſona non chiamata. Con tali allegazioni adunque ſi tenta dal Difenſore di D. Antonia Sponza tagliare, non già ſciogliere il nodo! Torre.

Si rapporta un Conſiglio del Peregrino (2), che ne' Maggiorati d' Italia non ſi dà quella eſtenſione, che daſſi ne' Maggiorati di Spagna, dovendoſi queſti determinare non colle conſuetudini Iſpaniche, ma colle leggi Romane. Quanto dica bene, o male il Peregrino, lo vedrem da qui a poco; però in queſto ſteſſo Conſiglio anche ſecondo le leggi Romane Peregrino in noſtro favore conchiude, allorchè nella diſpoſizione altre congetture della volontà concorrono: *Et præterea obſtat regula, quod teſtator non dixit, nec nos dicere debemus. Et in terminis ſic expreſſe ſenſit Cephalus. Nam vocato primogenito Dominæ Catharinæ, & ejus majoris natu deſcendentibus maſculis, non videri vocatos deſcendentes ex ſecundogenito, concedit ipſe, quamvis in caſu illo, ob alia verba, & capitula in eo teſtamento contenta colligat, nedum deſcendentes maſculos a primogenito dictæ Catharinæ, ſed etiam a ſecundogenito videri vocatos, in quo etiam caſu conſuluit Riminaldus junior. In caſu tamen ſubjecto ceſſant illæ adjectiones, & capitula ampliativa* (3). Sicchè il Peregrino è dell' iſteſſo avviſo degli altri Scrittori, cioè, che per le congetture della volontà può la primogenitura eſtenderſi alla perſona non nominata; il che egli non negando, ſi reſtrinſe a dire, che nel caſo, in cui conſigliava, tali congetture mancavano: *in* Peregrino.

(1) *De majorat. Ital. part. 2. queſt. 28. n. 6.*
(2) *Conſ. 64. n. 6. vol. 2.*
(3) *Dict. Conſ. 64. n. 2. in fin.*

casu tamen subjecto cessant illæ adjectiones, & capitul ampliativa.

Odierna. La dottrina, che si allega dell' Odierna (1), è a D. Antonia Sponza direttamente opposta; poichè egli dice, aver i DD. per la risoluzione di questo punto due casi distinti: *Primus est, ubi testator primogenituram, & majoratum absolute, & simpliciter causa agnationis conservandæ instituit*; ed in questo caso *inter omnes de familia primogenituram constitutam fuisse non negatur*, e non già tra le sole persone nominate. In questo caso noi siamo, conciossiachè i disponenti differo sul bel principio della loro disposizione, *aver considerato di quanta importanza siano, e necessarj i beni di fortuna, e perpetuazione di essi in una famiglia, per mantenersi florida perpetuamente in quello stato, in cui il Signore Iddio l' ha stabilita, e situata* (2). L' idea è dunque della conservazione della famiglia, e tal fu l' oggetto della disposizione, benchè diretta la chiamata al solo Niccola Sponza, e suoi discendenti, perchè altri della famiglia non v' erano.

Carlantonio de Luca. Finalmente si adduce Carlantonio de Luca, il quale disse, *extensio non fit etiam ex verisimili mente testatoris, l. si quis ita §. penult. ff. de testam. tut., ubi tutela data a parente filiis suis non extenditur ad filium, quem pater credebat esse mortuum* (3). Ma chi non vede, che questo autore si è lasciato sedurre da quella stessa falsa ragione, da cui fu presa la Glosa, e l' Aretino, cioè dall' esempio della tutela, che niente è adatto a' sedecommessi, siccome si è di già dimostrato? Ma l' istesso de Luca anche cogli altri conviene, se vi concorrano le congetture della volontà, per l' estensione, giacchè allega in suo pro il Molina, approvando la dottrina di questo autore, ch' è la dottrina di tutti, cioè

(1) *Controv. cap.* 33. *n.* 3.
(2) *Fol.* 11.
(3) *De linea legali artic.* 13. *n.* 5.

cioè di non doversi far estensione, quando dalle congetture non costi, che il disponente l'abbia voluta: *Pro extensione primogenituræ stat idem Molina lib. 1 cap. 5. n. 33. e 38., ubi in fine restringit, nisi ex conjecturis, constat voluisse institutorem majoratum perpetuum inter omnes masculos de familia efficere* (1).

Questi DD. dunque, e quanti altri allegar se ne possono, parlan tutti un sol linguaggio, cioè, che le chiamate regolarmente non si estendono da persona a persona, purchè però dalle congetture della volontà non costi averne il disponente tal estensione desiderata, e parlan certamente il linguaggio delle leggi, le quali in cento luoghi a regole generali sì fatte eccezioni soggiunsero; *nisi fonte & hic nos urserit voluntas* (2); *nisi alia mens testatoris probaretur* (3); *nisi probetur, aliud testatorem sensisse* (4): sicchè quante altre autorità si potranno allegare, non si recheran certamente, che dimezzate, siccome lice argomentare da que' DD., che si sono per parte di D. Antonia prodotti.

Raccogliendo adunque le idee, abbiam veduto, quali, e quanti motivi vi siano di credere fermamente, che se a disponenti fosse caduta in mente la nascita di D. Diodato Sponza, l'avrebbero fuor di dubbio, come maschio della famiglia, sostituito, anzi che far passaggio alla chiamata delle donne nell'istesso grado di lui, già dalla famiglia uscite fuori, e meno dilette. Fissata la volontà certa, e sicura de' disponenti, che qual Sole in fitto meriggio riluce, abbiamo osservato, che secondo il concorde sistema della Giurisprudenza il caso omesso, e non preveduto

viene

(1) *Dict. art.* 13 *n.* 12.
(2) *L.* 52. §. 4. *ff. de legat.* 3.
(3) *L.* 25. §. 1. *ff. ad L. Falcid.*
(4) *L.* 32. §. 6. *ff. de usufr. legat.* Veggasi anche la *L.* 27. §. 3. *ff. de instruct. & instr. legat.*, ed altrove.

vien ſupplito giuſta l'idea, e la mente de' diſponenti; ed abbiam ciò provato co' precetti, e cogli eſempj ricavati dalle leggi, che parlano un ſol linguaggio pe' caſi omeſſi nelle leggi, e ne' contratti, e nelle volontà; ed abbiamo avvertito, che contro queſto univerſale, ed inalterabil ſiſtema non giova produrre un caſo ſingolare in contrario rapporto alla tutela, ove la legge per ragioni particolari ſi è dal ſiſtema generale appartata; poichè qui noi non verſiamo nell'indagine di un caſo omeſſo nella tutela, ma in un fedecommeſſo; onde eſempj produr ſi doveano nella materia de' fedecommeſſi, quali eſempj in tutta la vaſta mole de' libri del dritto ſicuramente non ſi rinverranno. Abbiamo in oltre queſto ſiſtema del dritto anche avvalorato colla dottrina di tutti i più ſenſati Scrittori, e fra queſti abbiam fatto notare eſſervi anche quelli, che per parte di D. Antonia Sponza ſi allegano, le dottrine de' quali non ſi ſon riferite intere, ma piantandoſi la regola a noi contraria, ſi è omeſſa l'eccezione, che tutti que' DD. ſoggiungono.

Se le volontà ſpiegate con atti tra vivi debbano interpretarſi diverſamente dalle ultime volontà.

RImoviamo ora, per conchiudere queſto Capitolo, un'altra difficoltà, che dal noſtro Contraddittore ci ſi promuove. Si fa egli pompa con dire, che ſe verſaſſimo in un fedecommeſſo formato in un teſtamento, non ſarebbe che ridirſi contra quello, che abbiam fin ora dimoſtrato, eſſendo in tali caſi lecito far valere le congetture; ma non così ne' fedecommeſſi coſtituiti con atti tra vivi, allegandone una regola, ch'ei dice adottata da' Scrittori del foro, cioè *in teſtamentis voluntas*, *in contractibus verba ſequenda ſunt*.

Ma coteſta, ch'egli appella maſſima de' Scrittori del foro, così crudamente preſa, non è certamente tale, nè lo ſteſſo Contraddittore ne addita qual Dottore così generalmente la ſpacci. Ed in vero ſe in tutte le coſe vi ha una ſufficiente ragione, e ſpecialmente nella filoſofia legale, non può concepirſi per qual ragione la volontà di un, che diſpone per atti d'ultima volontà, ſia d'intenderſi

derſi in un modo, e quella di colui, ch' egualmente del ſuo diſpone, ma con atti tra vivi, abbiaſi ad intendere in un altro. Forſe il voler di queſt' uomo è diverſo, diſponendo avanti a ſette teſtimonj, che diſponendo innanzi a due? Si cambia egli forſe d' intenzione, e di tempre, e la forma della ſcrittura influiſce nel ſuo volere? Le regole dell' interpretazione traendoſi dalla Logica, non è certamente in balia del Legislatore ſconvolgerne la natura, e preſcriver leggi al raziocinio, ſiccome avverte il dotto Boemero (1). E pure conſultando i libri della legge, ritroviamo eſſer queſta una diſtinzione non ſolo oziosa, ma del tutto capricciosa, ed irragionevole, eſſendo nel dritto ſtabilito l' oppoſto. Papiniano in vece di dire, come il noſtro Contraddittore, *in contractibus non voluntas, ſed verba ſequenda ſunt*, è di contrario avviſo, dicendo: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba ſpectari placuit* (2). E Giuſtiniano anche ſcriſſe eſſer giuſto, *voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptiones inſpicere* (3): che ſono appunto quelle maſſime della ragione, che la morale ne inſegna: *Semper autem in fide quid ſenſeris, non quid dixeris, cogitandum*, dice Cicerone (4). Nè oſta quella regola di legge, inſegnata dal Giureconſulto Paolo nel libro terzo a Sabino: *In teſtamentis plenius voluntates teſtantium interpretantur* (5), quaſi ne' teſtamenti aveſſe a farſi un' interpretazione totalmente diverſa dagli atti fra vivi, ſenza ſaperſene il perchè. Un tal errore confutaron già due lumi della Giuriſprudenza, Giacomo Cujacio, e Giacomo Gotofredo; dicendo, che tali parole ſpieganſi con quelle di un altro teſto di Ulpiano, che ſcriſſe

(1) *Exerc. ad Pandect. lib. 2. tit. 14. §. 11.*
(2) *L. 219. de V. S.*
(3) *L. ult. C. quæ res pign.*
(4) *De offic. lib. 1 cap. 13.*
(5) *L. 12. ff. de reg. jur.*

ſe anche ſul terzo libro a Sabino, *non tam ſtrictè interpretandæ ſunt voluntates defunctorum* (1), cioè, come ſpiega il lodato Gotofredo, *pinguius, æquius, liberalius, ex bono, & æquo, benignius, hoc eſt non tamen ſtrictè, non anguſtè, non avarè, & liberalius, quam ferat ſcripti, ſtrictique ratio.* Onde tanto Cujacio, quanto Gotofredo riprendono quei DD., i quali dicono, che queſta regola di legge dinoti doverſi i teſtamenti interpretare più largamente de' contratti: *Quamobrem* (dice il Cujacio) *PLENIUS NON DIXIT HOC LOCO, FACTA COMPARATIONE AD CONTRACTUS, quaſi diceret plenius quam & in contractibus: nam & in contractibus plenior fit interpretatio, leg.* III. *ff. de verb. ſignif., ſed plenius, ideſt non admodum ſtrictè, aut plenius quam ſtricti juris ratio ferat* (2). Inſegna il Gotofredo: *Ait lex, PLENIUS, voce equidem relativa, ſeu comparativa, SED NON COMPARATA AD CONTRACTUS*; e ſoggiunge: *Peccant* (alcuni Dottori), *cum inter teſtamenta & contractus diſcrimen hac lege indicari putant* (3). Nè mancano nelle leggi eſempj di gran numero d' interpretazioni, e di eſtenſioni de' contratti al di là delle parole, ſiccome abbiam di ſopra oſſervato.

Ma non poſſiamo omettere fra i tanti un ſol eſempio, onde ſi ſcorge una medeſima eſtenſiva interpretazione inculcata dal Giureconſulto Scevola in un contratto, ed in un legato. Alcuni municipi, che avean diverſi fondi in una contrada, ſtimarono di comprare in comune una ſelva da paſcolo, per ſervirſene di paſtura a' loro animali: taluni di eſſi ad altri venderono i loro fondi. alcuni altri li legarono: nacque il dubbio, ſe i compratori, o i legatarj aveſſero dritto al paſcolo, che non era ſtato loro nè venduto, nè legato. Il Giureconſulto non pone alcuna diffe-

(1) *L.* 12. *de uſu & habitat.*
(2) *Comm. ad d. l.* 12. *ff. de reg. jur.*
(3) *Comm. ad d. l.*

differenza tra 'l contratto, ed il legato, e nella ſteſſa guiſa il caſo pe' compratori, e pe' legatarj riſolve, cioè di doverſi prima eſaminare *quid inter contrahentes actum*, ch' è quell' iſteſſo, che principalmente far ſi dee nella interpretazione delle ultime volontà (1): quindi ſe la volontà non foſſe manifeſta, dover il dritto del paſcolo far paſſaggio egualmente e ne' compratori, e ne' legatarj (2).

Conviene dunque, che l' Avverſario ritratti, e reſtringa la millantata maſſima, la quale da' DD. è ſtata detta ad altr' oggetto, cioè, che non ſi riguarda la volontà di uno de' contraenti a danno dell' altro, ma deeſi ſeguire il convenuto tra le parti. Imperciocchè formandoſi il contratto da due volontà unite, e combinate inſieme (3), la volontà di un ſolo non è contratto: quindi ſe s' interpreta un contratto per la volontà di un ſolo de' contraenti, ſi fa torto alla volontà dell' altro; ma non già che non poſſa interperrarſi a ſeconda della volontà di amendue, quando coſtì eſſerſi una coſa ſteſſa da entrambi voluta. Dice

ſu

(1) *Quem teſtator legare ſenſiſſet*, *l.* 28. *ff. de rebus dubiis*.

(2) *Plures ex municipibus, qui diverſa prædia poſſidebant, ſaltum communem, ut jus compaſcendi haberent, mercati ſunt: idque etiam a ſucceſſoribus eorum eſt obſervatum: ſed nonnulli ex his, qui hoc jus habebant, prædia ſua illa propria venùm dederunt. Quæro, an in venditione etiam jus illud ſecutum ſit prædia; cum ejus voluntatis venditores fuerint, ut & hoc alienarent? Reſpondit, id obſervandum, quod actum inter contrahentes eſſet: ſed ſi voluntas contrahentium manifeſta non ſit, & hoc jus ad emptores tranſire. Item quæro, an cum pars illorum propriorum fundorum legato ad aliquem transmiſſa ſit, aliquid juris ſecum hujus compaſcui traxerit? Reſpondit, cum id quoque jus fundi, qui legatus eſſet, videretur, id quoque ceſſurum legatario*, *l.* 20. §. 1. *ff. ſi ſervit. vindicetur*.

(3) *L.* 1. §. 2, *e* 3. *ff. de pact.*

ſu tal propoſito il Giureconſulto Paolo, che nelle ſtipulazioni ſi attende il conſenſo di ambedue le parti, ne' giudizj ſi attende ſolo alla volontà dell' attore; *nam ſtipulatio ex utriuſque conſenſu valet: judicium autem etiam in invitum redditur, & ideo actori potius credendum eſt* (1). Ciò è appunto quel, che hanno i DD. inſegnato, come ne fa ampliſſima teſtimonianza il Cardinal de Luca, il quale ne inſtruiſce non eſſer vero, che tutti gli atti tra vivi hanſi ſtrettamente ad interpetrare, e che s' eſcluda qualunque eſtenſione per congetture; ma ciò doverſi intendere di que' ſoli atti tra vivi, ne' quali concorrono due volontà, per cui due parti reſtino vicendevolmente obbligate, non di quelli, che ſi ſpediſcono per la volontà di un ſolo: *Rigor verborum, ac ſtricta eorum interpretatio procedit in actibus inter vivos correſpectivis, in quibus non unius tantum ſed utriuſque contrahentis voluntas attendenda venit; potiſſime vero ubi agitur de illis, in quibus ille, qui recipit, contendit potius de lucro, ille, qui dat, contendit de damno, & deminutione ſui patrimonii; ac propterea quoties iſtius magis interſit, ſtrictam, ac rigoroſam fieri interpretationem, iſta attendenda venit* (2). E queſto è appunto quel, che preſcrive la *l.* 99. *de verb. obl.*, di cui fa anche pompa il dotto Avverſario per ſoſtegno della millantata maſſima, e quel, che Pomponio anche riſpoſe. *Nuda ratio non facit aliquem debitorem* (3). L' iſteſſo inſegnò il di ſopra lodato Boemero: *Ultimas voluntates quidam conventionibus favorabiliores eſſe adſerunt; adeoque teſtamenta latius, hæc pacta vero ſtrictius accipienda eſſe conſtituunt* (parla de' patti ſucceſſorj). *Sicuti vero regulæ interpretandi ex doctrina logices peti debent, ita legislatoris non eſt naturam ejus invertere, & ratiocinationi leges præſcribere . . . . . Notum vero eſt, quod*

(1) *L.* 83. §. 1. *ff. de verb. obligat.*
(2) *De fideicom. diſc.* 262. *n.* 5.
(3) *L.* 26. *ff. de donat.*

quod in l. 12. de regulis juris asseratur, in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur, & in l. 3. de Constitut. Princip., beneficium Imperatoris quam plenissime interpretari debemus; quæ locutiones tamen nullam arguunt diversitatem in interpretando, quippe quæ synonymice in jure accipiuntur (1). E non diversamente scrisse Antonio Fabro: *Aliud est loqui de eo, quod unus tantum contrahentium dixerit, aliud vero de eo, quod a pluribus conventum fit. Priore namque casu nemini fit injuria, cum verba ex proferentis voluntate accipiuntur. Posteriore autem casu fieret injuria ei, cui pactum commune est* (2). E perciò le ultime volontà *benignius interpretantur*; perchè appunto *agitur de unius testatoris voluntate interpretanda*, siccome riflette il lodato Boemero (3).

Non è dunque adattata al caso la *l. 99. ff. de verb. oblig.*, che dall' Avversario si allega; anzi all' opposto non vi ha legge, che più a lui contraddica (4). Non è adatta, perchè non parla de' contratti in generale, ma delle stipulazioni, le quali essendo contratti meramente verbali *stricti juris*, la di loro sostanza consisteva in una scrupolosa formalità, e precisione di parole nuncupate dallo stipulatore, e dal promettitore, *conceptio verborum* (5); in guisa che se alcuno stipulava dieci, l'altro prometteva cinque, ovvero se uno stipulava puramente, l'altro prometteva

(1) *Boehmer. loc. cit.*

(2) *Rational. ad l. 39. ff. de pact.* Vedi anche Barbosa *ad l. 66. n. 3. de judic.*

(3) *Exerc. 36. ad Pand. §. 18. vol. 2.*

(4) Sono le parole della legge. *Quidquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est, ut fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.*

(5) *L. 5. §. 1. ff. de verb. obl.*

teva *ſub conditione*, rendevaſi inutile la ſtipulazione (1). Ma anche a ciò gli antichi Prudenti apprestaron riparo, con inſerir nelle ſtipulazioni la general clauſola del *dolo malo*, degli effetti della quale abbiamo innanzi a lungo ragionato. Coteſta cautela è ſtata anche ne' noſtri iſtrumenti adottata, in tutti i quali leggeſi ſul principio, che i contraenti ſi coſtituiſcono *non vi*, *nec dolo*, oltre che le ſottigliezze del mero dritto Civile, e le prette formalità di parole furon dall' Imperator Leone abolite (2): e quindi l' uſo l' ha del tutto bandite. Non fia perciò meraviglia, ſe il Giureconſulto Celſo nella rapportata legge 99. dica, che *niſi quid palam verbis exprimitur, omiſſum intelligendum eſt*; giacchè al ſuo tempo non s' intendeva ſtipulato quel, che non ſi era detto con parole, e con parole ſolenni, *interrogatione, & reſponſione* (3): ſicchè un tal caſo non appartiene punto agli altri contratti.

Ma di vantaggio non vi ha legge, che maggiormente eſcluda l' intenzione del noſtro Avverſario, quanto il citato teſto del Giureconſulto Celſo; poichè il Giureconſulto ſoggiugne, che deve farſi l' interpretazione in favor di colui, che promette. La ſtipulazione è un contratto unilaterale, obbligativo ſol dalla parte di chi promette: *Eſt autem μονοπλουρες, tantummodo obligans reſpondentem*, dice Vinnio (4); e fra gli atti, e non fra i contratti l'annovera Labeone (5); per cui s' interpreta ſecondo la volontà di colui, che promette: e poichè ognuno cerca il proprio vantaggio, e ſi preſume, che voglia obligarſi per

(1) §. 5. *Inſt. de inutilibus ſtipulationibus*. Cajo *lib.* 2. *Inſt. tit.* 9. §. 10. Si oppone la *l.* 1. *ff. de verb. obl.* Vedaſi l'Einecio *ad Vinn. comm. in d.* §. 5. *Inſt. n.* 2.

(2) *L.* 10. *C. de contrah. ſtipul.*

(3) *Pr. Inſtit. de verb. obl.*

(4) *Comm. ad tit. Inſt. de V. Obl. n.* 3.

(5) *L.* 19. *ff. de V. S.*

per lo meno, che può (1); perciò *secundum promissorem interpretamur* (2). Questa legge dunque fa vie più confermare vera la massima, che tanto nelle ultime volontà, quanto ne' contratti, non alle parole, ma alla volontà de' contraenti s'attende, e specialmente di colui, che ha voluto obbligarsi, e nella di cui volontà l'atto consiste.

Ma l'istrumento del Maggiorato se in rapporto a' costituenti può dirsi un contratto, in riguardo a' chiamati, fra quali ora si disputa, non è che una donazione. E che han che fare le donazioni co' contratti? Fra quali contratti son le donazioni state mai annoverate, fra i nominati, o gl' innominati? elleno non sono che atti tra vivi, o di ultima volontà, e modi, o cause d' acquisto, non mai contratti (3). Uopo è distinguere con Labeone *agere*, e *contrahere*; *Actum*, egli dice, *generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur: contractum vero ultro citroque obligationem* (4). Ma la donazione formasi dalla sola volontà del donante, e non da quella del donatario, e perciò dee riguardarsi il pensiere di chi la fa, non di chi

(1) *Barbeyrac a Puffendorf. des droits de la nature, & des gens, livr. 5. chap. 12. §. 4. not. 4*, ove analizza la *l. 99. de V. O.*

(2) *Ciò insegnò anche Plutarco. Si deve avere più riguardo, egli dice, alle parole di quelli, che fanno le offerte, e le proposizioni, che alle parole di quei, che le accettano, e costoro non sono in dritto d' aggiungervi cos' alcuna, in Sympos. lib. 9. qu. 13. p. 742. B. Ed. Wechel. Vedasi* la *l. 109. ff. de verb. obl., ut quod minus esset videretur in obligationem deductum. Vedasi anche la l. 34. ff. d reg jur.*

(3) Vedi Vinnio *Comm. ad tit. Instit. de donation. n. 2.*

(4) *D. l. 19. ff. de V. S.*

chi l'accetta, il quale non ha dritto di aggiungervi alcuna cosa del suo (1).

A. ciò si aggiunga, che D. Antonia Sponza non è nella donazione intervenuta, nè pur coll'accettazione, onde potesse dire in qualche modo aver ella contrattato, ed acquittato dritto non dalla liberalità de' donanti, ma dal proprio contratto.

Finalmente in quella donazione dee principalmente considerarsi il fedecommesso, e l'obbligo della restituzione ne' donatarj, che come unico, e primiero oggetto contiene: ficchè questa fiducia fa sì, che non dee interpretarsi a stretto rigore come le stipulazioni, ovvero come se si trattasse di obbligare il donante al di là di quel, che ha donato; nel qual caso saremmo ne' termini di un'azione *stricti juris*, ed il giudice dir si potrebbe ristretto ne' cancelli della forma della stipulazione, o della donazione (2): ma la fiducia è un'azione di buona fede, ed arbitraria, per la quale il giudice, o sia l'arbitro può *ex æquo, & bono*, e col suo arbitrio interpretare, e giudicare oltre le parole, entro però i limiti della buona fede, come dice Cicerone (3). Ne' fedecommessi dunque non si attende il modo della disposizione, ma quel che si dispone: basta esser fedecommesso, perchè sia un dritto di volontà, ed abbia colle regole de' fedecommessi ad indagarsi, o che fatto siasi in un testamento, o in un codicillo, o in altro qualunque atto di volontà; e poichè possono i fedecommessi imporsi anche per atti tra vivi, non perciò il fedecommesso cambia natura per la diversa maniera di disporre, e di formarlo, che uno elige, e con cui il suo volere, e'l desiderio dichiara; e perciò anche nel

(1) Vedasi Puffendorfio *de jur. nat. & gent. lib.* 5. *cap.* 12. §. 9.

(2) *V. Vinnio ad* §. 28. *Inst. de action. n.* 3.

(3) *In Topicis, e nel libro terzo de offic.*

nel dritto è ſtabilito, ove coſti del fedecommeſſo, poterſi indifferentemente uſare qualunque eſpreſſione, *ſive volo*, *ſive jubeo*, *ſive mando* (1). In ſoſtanza ovunque della fede ſi tratti, che uno ſegua, ſia contratto, o volontà, i caſi non eſpreſſi ſupplir ſi debbono *ex fide bona*, e giuſta quel, che il diſpoſitore ha voluto, che in ogni evento ſegua de' ſuoi beni, ancorchè tutto detto, preveduto, e penſato non abbia (2).

Crediamo avere a baſtanza, e forſe più che non biſognava, confutate le oppoſizioni del Ditenſor di D. Antonia Sponza, e fatto con ragioni evidenti conoſcere aver D. Diodato per ſe la volontà de' fedecommettenti, che dall'iſtrumento del Maggiorato manifeſtamente ſi trae, non ſoggetta a veruna difficoltà, o dubbiezza.

Dichiarazione de' fedecommettenti.

MA vi ha di più. Vi concorre eziandio la dichiarazione di due de' fedecommettenti medeſimi, giacchè era il terzo premorto, ſpiegando eſſi non ſolo, quale fu l'animo loro, ma anche quello del defunto nipote, come nel fatto accennammo.

Or in tutte le diſpoſizioni, per quanto mai ſieno irrevocabili, può il diſponente la ſua intenzion dichiarare, quando ciò non ſia apertamente oppoſto alla diſpoſizione già fatta, in guiſa che ſembri al Giudice non voler egli ſpiegare ciò, che ha fatto, ma più toſto volere mutar volontà, e nuovamente diſporre. Dice Ulpiano: *Quod quis obſcurius in teſtamento vel nuncupat, vel ſcribit, an poſt ſolemnia explanare poſſit; ut puta Seichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit de quo ſentiret; Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet; erraverat in nomine, vel prænomine, vel*

(1) *L. 2. C. comm. de legat.*

(2) *Torre de ſucceſſ. in Majorat. Ital. qu. 38. Vol. 2. Quæ ratiocinatio procedit nedum in teſtamentis, ſed etiam in contractibus, in quibus fit extenſio fideicommiſſi ex ratione expreſſa conſervationis familiæ.*

vel cognomine, cum in corpore non erraſſet, poteſtne poſtea declarare, de quo ſenſerit? & puto poſſe: nihil enim nunc dat, ſed datum ſignificat (1). Ed il Giureconſulto Venulejo parlando delle Pretorie ſtipulazioni ſcriſſe: *In Prætoriis ſtipulationibus, ſi ambiguus ſermo acciderit, Prætoris erit interpretatio: ejus enim mens æſtimanda eſt* (2); e lo ſteſſo Ulpiano. *Enimvero Prætoria ſtipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, qui eas propoſuit*, ſiccome nelle convenzioni i contraenti dan forma al contratto (3). E' adunque una tal dichiarazione cotanto alla diſpoſizione inerente, che ſtimaſi eſſere contemporanea, e parte della medeſima, ſiccome notò il Surdo (4). Il Cardinal de Luca ſu tal propoſito inſegna così: *Unde propterea habemus in omnibus contractibus de ſui natura irrevocabilibus, frequentius vero in donationibus inter vivos, quod licet non competat facultas revocandi, vel diſponendi, competit illa declarandi* (5). Ed in fatti vi ha interpretazione più ſicura, e migliore di quella, che faſſi dall' autore medeſimo della diſpoſizione? In ogni dubbio alle congetture ſi ricorre, per indagarſi quel, che abbia talun voluto (6): ma qual maggior congettura della volontà di chi ha parlato può deſiderarſi, che la ſteſſa ſua voce, e dichiarazione, e la ſpiega della maggior parte de' diſponenti? Qual migliore interprete della volontà può rinvenirſi, che l'iſteſſo autore delle volontà? Una tale interpretazione ſi è da' DD. ſtimata tale, che vinca la legge, come atteſta Larrea (7), e non ſoggiace a veruna preſcrizione (8). E non rade volte avendo i donanti dichiarato, che nel donare, per eſem-

(1) *L.* 21. §. 1. *ff. qui teſtament. facere poſſunt.*
(2) *L.* 9. *ff. de Prætoriis ſtipulat.*
(3) *L.* 52. *ff. de verb. oblig.*
(4) *Deciſ.* 29.
(5) *Diſc.* 55. *de fideicom.*
(6) *L.* 64. *ff. de legat.* 2.
(7) *Deciſ.* 33.
(8) *Bald. in l. voluntatis C. de fideicom.*

eſempio, a' figli di Tizio, hanno inteſo de' maſchi, e non delle femmine, tal dichiarazione ha preſſo i Magiſtrati avuta la ſua piena oſſervanza, come ne fan teſtimonio il Deciano, ed il Cancerio (1). Ed il Senato di Granata, al riferir del lodato Larrea, deciſe ſulla dichiarazione di una madre, che avea donato al figlio a contemplazione di un certo matrimonio, di non eſſer nella donazione compreſi i figli nati da altre nozze (2). Le quali maſſime molto più han luogo ne' termini di un Maggiorato, ſiccome avviſa il citato Larrea; imperciocchè ſe ivi vaglion le congetture, quanto varrà di più l' eſpreſſa dichiarazione de' diſponenti, o della maggior parte di eſſi? *Et in majoratibus non eſt de conjecturis curandum, ubi fundator voluntatem ſuam declaraverit* (3).

Tralaſciamo ben volentieri altre teſtimonianze e di DD., e di coſe giudicate, giacchè il natural raziocinio ne perſuade, che il diſponente ſappia meglio che altri interpetrare ciò, ch' egli ha fatto, ed il ſuo animo dichiarare. Ma qui che biſogno vi è d' interpretazione, e dichiarazione, quaſi foſſe coſa dubbia, ed oſcura, a viſta di tanta evidenza, che la mente, e 'l deſiderio de' diſponenti fu di dar la goduta de' loro beni ad un individuo della famiglia Sponza, il quale perpetuar poteſſe il loro caſato? Che biſogno vi è di conoſcere una tal verità mercè la dichiarazione de' diſponenti, quando ſalta agli occhi di tutti? E chi è colui, che ſenza la di loro dichiarazione potrebbe perſuaderſene in contrario?

E non

(1) *Cancer. Var. Reſol. P. I. cap. 8. de donat.*
(2) *Larrea deciſ.* 33.
(3) *Dict. deciſ.* 33.

Dichiarazione di D. Annamaria Sponza.

E non altra lieve ragione finalmente ne ſuggeriſce la dichiarazione di D. Anna Maria Sponza, chiamata egualmente che D. Antonia in eſtinzione del Maggiorato. Ella ha ingenuamente confeſſato, non poter pretendere cos'alcuna, fin che viveſſe il maſchio della famiglia. Egli è vero, che il fatto di D. Anna Maria non può pregiudicar D. Antonia; ma è vero altresì eſſer un argomento dimoſtrativo della verità quello, che contra il proprio comodo anche dagl'intereſſati ſi manifeſta; perciocchè chi è colui, che traſcura il proprio vantaggio, ſpecialmente in una sì ricca preda? Onde dobbiam giudicare eſſere ſtata la ragione quella, che moſſe D. Anna Maria a non aſpirare alle ſoſtanze propriamente dovute a D. D'Adato; ed un tal ſenſo di verità ſe non ha diſtolta D. Antonia dalla ſua intrapreſa, offuſcata eſſendo dalla paſſion dell'intereſſe, ſarà certamente di un eſempio ad ogni Giudice indifferente.

Avendo già in tutta la ſua eſtenſione eſpoſta la prima conſiderazione, che ha ſi a fare in queſta cauſa, paſſiamo ad eſaminar la ſeconda.

CAP.

CAP. II.

Dalla costituzione del Maggiorato nasce l'inclusione di D. Diodato Sponza, quantunque non nominato.

SE si pon mente alla forma della disposizione ordinata da D. Agostino, D Felice, e D. Lorenzo Sponza., non si esiterà punto nel confessare, che vien D. Diodato in forza dell'atto stesso in quella compreso. Dissero essi di voler fondare *per la perpetuazione de' loro beni nella famiglia un majorato, primogenitura, e fideicommesso*. Ora il Maggiorato per sua particolar forma, e costituzione, prescindendo dalle regole del Dritto Romano, porta seco l'inclusione di tutti gli abili a succeder ne' Maggiorati, non ostante che manchi in lor pro l'espressa disposizione.

Le regole de' Maggiorati non debbon chiedersi dal dritto Civile, ove cotesta novella giurisprudenza era del tutto ignota (1), essendo surta fra noi ne' tempi di mezzo, e nata dalle consuetudini delle Nazioni, che hanno i Maggiorati introdotti, o gli hanno adottati (2). Sicchè in questa parte di dritto possiamo più che mai affermare quello, che parlando della giurisprudenza cambiale non dubitò di dir l'Einecio, che se Papiniano rinascesse, in udir tanti novelli termini, e stabilimenti all'antico dritto del tut-

(1) *V. Rainald. Reyper. Thesaur. jur. V. primogenitura n.* 3., *Torre de succession. in majorat. cap.* 1. §. 7. *num.* 53.

(2) E taluni DD. han detto, che traggono origine dal dritto della natura, e delle genti, e dal Consuetudinario. Così il *Gomez*, il *Molina*, il *Castillo*, e 'l nostro *Capecelatro consult.* 3. *n.* 48.

tutto ignoti, confeſſerebbe di eſſerne tirone (1). Di fatti i Maggiorati nacquero in Iſpagna fin da' principj, come vogliono alcuni, di quella vaſta Monarchia, o almeno, come vuole il Molina (2), nell'anno 1251., tempo, in cui furon promulgate le leggi delle Partite. Dalla Spagna paſſarono in Italia, ove benchè fin da' tempi, che Carlo Magno diſcacciò i Longobardi, ſi foſſe introdotto un ſiſtema primogeniale a norma de' feudi di dritto Franco, pure dalla Spagna nella noſtra Italia paſsò coteſta novella giuriſprudenza de' Maggiorati a tempo, che Carlo V., ed altri Sovrani delle Spagne ſi reſero donni di notabil parte d' Italia, ſiccome conſiderò il Cardinal de Luca, e 'l Torre; e la ſteſſa parola *Maggiorato* adottata da noi, ch'è un motto Spagnuolo, più chiaramente ce ne convince (3). Avendone dunque gli uſi, e le conſuetudini di quel Paeſe inventate, e ſtabilite le regole, in un caſo dubbio furon mai ſempre i DD. Spagnuoli conſultati, come quelli, a' quali eran più conte le maſſime, ed il ſiſtema di queſta nuova giuriſprudenza.

Biſognava premettere queſta iſtorica nozione, poichè nel caſo, in cui noi verſiamo, ſecondo le regole de' Maggiorati in Iſpagna ſi ha per canone l'inclusione di tutti gli abili alla primogenitura, i quali abbian le ſteſſe qualità de nominati, quantunque non abbian fatta di eſſi i diſponenti menzione alcuna, e che la nomina dia ſolo a' nominati la precedenza, non già la privativa. Una tal maſſima è tanto antica, quanto lo furono i Maggiorati in Iſpagna. In fatti così inſegnarono i primi Dottori Spagnuoli, Gregorio Lopez, Peralta, e Covarruvias, di poi Ludovico Molina, il Caſtillo, ed altri moltiſſimi, che da' dotti

(1) *Elem. jur. Cambial. cap.* 3. §. 5.
(2) *Lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 18. *ſeqq.*
(3) *Card. de Luca in ſuppl. de fideicomm. part.* 3. *diſc.* 202. *n.* 10. 11.

ti addenti al Molina vengon citati (1). Noi recheremo in mezzo la sola testimonianza di questi ultimi, per non caricare di superflue autorità la nostra Scrittura. Son queste le loro parole: *Tandem in Hispanorum primogeniis communis, & vera resolutio est, quod majoratus institutio non solum simpliciter & absolute facta, verum etiam contemplatione certarum personarum, nedum ipsas personas nominatas, sed etiam transversales comprehendit; ideoque non solum in descendentibus primi institutoris, & illarum personarum, quæ specifice vocantur, sed in transversalibus quoque illorum, & descendentibus perpetua est, Castill. lib. 2. cap. 22., & tom. 5. cap. 66. ex n. 26. cum pluribus seqq.; & specificatio personarum nominatis tantum præcedentiam successionis tribuit, non vero cæterarum personarum exclusionem operatur, ut probat Castill. ubi supra, Fusarius de substitut. qu. 359. ex n. 1. cum aliis* (2).

Una tal teoria è stata seguita dalla maggior parte de' Scrittori Italiani, i quali han sostenuto, che i Maggiorati di Spagna *circa successionem in omnibus, & per omnia æquiparantur nostris majoratibus Italiæ* (3), tranne quelli Maggiorati, che son ivi costituiti su feudi, e beni giurisdizionali, pe' quali vi sono colà statuti particolari, siccome leggi particolari abbiamo anche noi rapporto a' feudi; e toltone ancora il rimedio della tenuta, ch' è per particolari statuti anche colà stabilita. Onde l' istesso Gio: Torre, grandissimo sostenitore della differenza tra i Maggiorati di Spagna, e quelli d' Italia, non potè ciò negare: *Licet negari haud possit* (egli dice), *quod primogenia, & majoratus Hispaniæ habeant quasdam leges particulares, a quibus*

(1) *Cap. 4., & 5.*

(2) *Addentes in lib. 1. Molinæ cap. 4. n. 38.*

(3) *Vedi Torre de succession. in Majorat. Italiæ cap. 3. §. 4. n. 28., e l' Cardinal de Luca in summ. de fideicom. n. 60.*

bus reguntur , & interpretantur , tamen id procedit circa ordinationem , & resolutionem eorumdem majoratuum , non vero circa modum , & formam servandam in successione (1).

Ma pur noi vogliamo , che questa causa si decida col sentimento di quegl' istessi Dottori , che si son opposti rapporto a' Maggiorati d' Italia alla dottrina de' Giureconsulti Spagnuoli , e sia l' istesso Giov. Torre , il più benemerito Scrittore de' Maggiorati d' Italia , e'l sostenitore acerrimo della sentenza opposta alla teoria de' Spagnuoli . Tratta questo insigne Scrittore la controversia appunto ne' termini del nostro caso , in guisa che non sono che da mutarsene i soli nomi , e ad onta del suo contrario sentimento in generale , in sì fatto caso particolare in nostro pro la questione risolve . Degna è da rapportarsi distesamente la questione da lui tratttata , come quella , che decide maestrevolmente la causa , di cui ora ragioniamo . Eccone il caso : *Petrus Titius cupidus conservationis agnationis , & familiæ suæ , & ut honorificentius viverent ejus descendentes , in eisque , & agnatione propria bona conservarentur indivisa , devenit ad erectionem primogenituræ ad favorem Sempronii sui primogeniti , ejusque descendentium in infinitum : qui Sempronius , post acquisitum jus primogenituræ , absque filiis , & descendentibus decessit . Dubitatur , an eadem primogenitura dicatur extincta , vel potius ad illam succedant ipsius primogeniti fratres ultrogeniti , eorumque descendentes ordine primogeniali .*

Rapporta questo illustre Scrittore il sentimento de' DD. Spagnuoli , e de' nostri , che l' han seguito , quindi di coloro , che l' hanno contraddetto , dicendo , che abbian quelle dottrine luogo sol ne' Maggiorati di Spagna , per una diversa ragione tratta dalla consuetudine del luogo all' estensione della primogenitura favorevole , a' quali egli in gene-

(1) *De successione in majorat. Ital. cap. 3. §. 4. n. 26.*

nerale si uniforma : ma nella veduta del caso propostosi afferma doversi giudicare il contrario: *Verum facto bene considerato , arbitror præfatorum Doctorum auctoritates non posse expirationem dictæ primogenituræ inducere , quamquam videatur restricta vocatio ad personam dumtaxat Sempronii , ejusque descendentium .*

Ed in prima giudica egli così dal proemio della disposizione; dicendo, che il proemio dichiara la mente, e l'intenzione del disponente , e regola la disposizione intera: quindi dalla volontà in esso dichiarata di avere il disponitore ordinata la primogenitura per la conservazione della famiglia, il qual raziocinio, egli dice, ha luogo non meno ne' testamenti, che ne' contratti, ne' quali il fedecommesso habbi ad estendere, per la ragione espressa della conservazione della famiglia, del casato, e dell'agnazione. Uopo è additare alcune delle molte sode riflessioni di questo Scrittore colle sue proprie parole; *Quia ex ipsis verbis dispositionis supra per extensum relatis*, (che son quelle da noi riferite nel rapportare il caso), *constat , testatorem suam voluntatem declarasse, ad hujusmodi ordinationem Primogenituræ processisse ex causa conservationis agnationis , & familiæ suæ, & ad hoc , ut facilius bona primogenituræ obnoxia conserventur in agnatione sua , quæ verba cum demonstrent enixam voluntatem pro conservatione agnationis, domus , & familiæ , ad tradita per Bartol. , Mantic. , Fusar., eadem ratio expressa conservationis agnationis operatur, ut fideicommissum non restringatur ad personas vocatas , sed extendatur ad quoscumque de familia , ad tradita per Bartol. Et ratio est evidens , quia cum familiæ appellatio sit generalis , comprehendens omnes a disponente descendentes , & quandoque etiam transversales , primogenitura non potest dici expirata , donec extat persona aliqua de familia , quæ succedere debet ex mente disponentis ; QUÆ RATIOCINATIO PROCEDIT NEDUM IN TESTAMENTIS , SED ETIAM IN CONTRACTIBUS, IN QUIBUS FIT EXTENSIO: FIDEICOMMISSI EX RATIONE EXPRESSA CONSERVATIONIS FAMILIÆ, DOMUS ,*

MUS, ET AGNATIONIS, ut bene ad propoſitum diſcurrit Rodenaſcus, & Knipſchilt de fideicom. famil. nobil. cap. 9. n. 17. Suppoſita igitur hujuſmodi præventiva vocatione omnium de familia per rationem expreſſam conſervandæ agnationis, ad reſtringendum primogeniale fideicommiſſum non poteſt fundamentum fieri ſuper expreſſione Sempronii primogeniti, quia bene adoptatur textus diſpoſitio, de qua in dicto §. de fideicommiſſo, quod per ſucceſſivam expreſſionem perſonarum ejuſdem familiæ non intelligatur reſtrictum fideicommiſſum ad nominatos dumtaxat, ſed debeat propredi uſque quo adeſt perſona de eadem familia teſtatoris. Eaque conſideratio eo magis eſt adaptabilis ad caſum noſtrum, quia principaliter, ac independenter in ipſo diſpoſitionis proœmio ſunt inſertæ clauſulæ agnationis conſervationem præ ſe ferentes. Ratio eſt: ex proœmio declaratur mens, & intentio teſtatoris, ex qua regitur tota diſpoſitio. Bene Molina ait, quod quando proœmium eſt generale, quamvis poſtea ſubiiciantur verba ſpecialia, tamen virtute proœmii generalis reſultat generalis diſpoſitio, l. regula 9 in fine ff. de juris & facti ignorantia (1).

Dilegua poi queſto Autore tutte le oppoſizioni di coloro, che dicono non poters eſtendere la primogenitura oltre le perſone eſpreſſe. Ei dice aver ciò luogo, quando non vi ſian congetture valevoli per la chiamata degli altri della famiglia. Dice in oltre non poterſi dire ritretta la conſervazion dell' agnazione riſpetto a certe perſone ſolamente, quando trovanſi termini, che comprendono tutta l' agnazione, conſiſtenti nella ragione eſpreſſa della conſervazion della famiglia, dalla qual ragione tutta la diſpoſizione viene diretta; dicendo anche, ch' egli medeſimo ne' Maggiorati d' Italia tiene il ſentimento per l'eſclu-

ſio-

(1) *De ſucceſſ. in primog., & majorat. Ital. qu.* 38. *Vol.* 2. Vedi anche il detto Autore *Vol.* 1. *cap.* 9. §. 3. *num.* 29.

ſione de' non nominati, quando ſi è ne' termini di eſſerſi la primogenitura ordinata in favor di una diſcendenza; ma non quando vi ha nella diſpoſizione una ragione eſpreſſa della conſervazion de' beni nella famiglia; poichè ſe una limitata cagione dee produrre un limitato effetto, così all' oppoſto una cagione più ampia dee partorire un effetto più eſteſo, quando ſpecialmente la cauſa della diſpoſizione non ſuſſegua alle chiamate, e perciò non ſia accetioria delle chiamate già fatte, ma precedente, ed appoſta nel proemio delle diſpoſizioni.

Or riſovvenendoci del noſtro fedecommeſſo, chi non ne oſſerva una cagione illimitata, ed eſteſa in quelle parole proemiali, nelle quali i diſponenti ſpiegano la cauſa finale, che gli ha moſſi a diſporre? *Avendo conſiderato di quanta importanza ſiano, e neceſſarj i beni di fortuna, e perpetuazione di eſſi in una famiglia, per mantenerſi florida perpetuamente, ed in quello ſtato, in cui il Signore Iddio l' ha ſtabilita, e ſituata.* E' queſto un proemio ben amplo per iſpiegar la cauſa, che gl' induſſe a far quella diſpoſizione. Se poi s'aggiunga, che D. Niccola Sponza fu per neceſſità nominato, perchè unico figlio maſchio di D. Felice, per quel che nel principio dell' iſtrumento ſi legge; e che di eſſo lui i coſtitutori del Maggiorato non ne vivean punto contenti; e che finalmente ſe eſſi preveduta aveſſero l' eſiſtenza di un altro maſchio nella famiglia, egualmente, e forſe più diletto di lui, l' avrebbero o preferito, o almeno ſoſtituito, nè avrebbero fatto paſſaggio alla ſorella di D. Niccola, ed all' altra di loro nipote, e ſorella conſanguinea, già maritate, ed uſcite dalla famiglia, chi potrà non convenire ſulla incluſione di D. Diodato Sponza al Maggiorato?

Ma la cauſa noſtra è di miglior condizione del caſo, che tratta il Torre; poichè ivi non furono i fratelli ſecondogeniti di Sempronio nominati, non oſtante, che dal fondatore del Maggiorato ſi aveſſero preſenti, eſſendo ſuoi proprj figli; onde dal non averli nominati, potrebbe

be taluno argomentare di non averli il diſponente voluto nella ſua diſpoſizione comprendere : ma nel caſo noſtro non può dirſi non eſſerſi voluto un ſecondogenito fratello di D. Niccola ſoſtituire, perchè non ſolo non era preſente, ma non ſi ſperava; anzi all' oppoſto dalle di loro eſpreſſioni ſi argomenta, che intanto fu D. Niccola nominato, perchè maſchio della famiglia non ſolo, ma perchè unico figlio di D. Felice.

Adunque decidendoſi la noſtra cauſa cogl' iſteſſi Autori, che adottarono il ſentimento oppoſto all' eſtenſione della primogenitura, quelli ſteſſi in pro di D. Diodato riſpondono, conſultati nelle circoſtanze del caſo ſuo.

Coteſti Autori però, che alle maſſime de' Spagnuoli ſi ſon oppoſti, ſono ben pochi, concioſſiachè molti de' noſtri la dottrina de' Scrittori Spagnuoli han creduto poter ſoſtenere anche colle maſſime del dritto Romano; dicendo, non eſſer altro il Maggiorato, che un fedecommeſſo perpetuo laſciato alla famiglia, colla prerogativa del primogenito, il quale viene dimoſtrativamente additato (1), a norma della legge *cum ita*, ovvero, com' è ſcritta nelle Pandette Fiorentine, *omnia* 32. §. *in fideicommiſſo* 6. *de legat.* 2.. Allegano altri la più volte di ſopra mentovata legge *tale pactum* 40. §. 3. *ff. de pact.* (2), nella quale Papiniano queſto caſo rapporta. Un padre nel dotar la figlia un patto appoſe, che morendo ella ſenza figli, parte della dote *apud heredem ſuum fratrem remaneret*. Non aveva allora il dotante altri figli, onde credeva, che ſuo erede poteſſe eſſere il fratello: ebbe poi altri figli, quali ſcriſſe eredi. Si dubitò, ſe la porzione della dote rimaner doveſſe

(1) *Parlador. quotid. different* 18. *princ.*, *Maſcard. de probat. concl.* 774. *n.* 6., *Capan. de fideicomm. maſcul.*

(2) Vedi Barboſa ſulla legge 1. *ff. de vulgari num.* 151. *ſeq.*

veſſe preſſo il fratello nominato nel patto, ma colla qualità di erede, che poi non ebbe; ovvero preſſo i figli, che non erano ſtati punto nominati, ma ebbero poi una tal qualità aggiunta. Sembrava doverſi pel fratello riſpondere, poichè era inutile additare la di lui perſona, ſe ſemplicemente com' erede riguardar ſi doveva, mentre il dotante potea anche col teſtamento iſtituire erede un eſtraneo: ma Papiniano riſpoſe: *inter contrahentes id actum, ut heredibus conſulatur, & illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem ſuum judicium ſupremum contuliſſe videatur. Non omiſſurus, nota ſu queſta legge il Gotofredo, filios, ſi naſciturus ſperaſſet.* Quindi i Dottori comunemente deducono, che facendoſi alcuna diſpoſizione a pro di perſona nominata con una qualità, che ſiaſi unicamente voluta, la diſpoſizione comprende anche quella perſona, che ha ſeco la voluta qualità, quantunque non nominata; giacchè la qualità ſi attende, e la perſona è un' acceſſione della qualità deſiderata. Chi dunque forma una primogenitura, chiama, dicono eſſi, tutti i primogeniti atti a fargli conſeguire il ſuo fine, e quegli, che è nominato, ha per ſe di più una dimoſtrazione, che negli altri manca, ma non già che ſia il ſolo invitato, quando alla ragione, ed al fine del diſponente tutti gli altri egualmente convengono. Il Sorge da molti Autori da lui citati queſte ſagge rifleſſioni raccolſe: *Quia, illis inhæret eadem qualitas, quæ principaliter fuit conſiderata in perſonis deſcendentibus ex primogenito, ſcilicet maſculinitas ad ſervandum decus familiæ, quæ in ipſis verificata invenitur, non in primogenito, qui effectus fuit Sacerdos, ac nullos procreavit filios* (1).

Tanto noi ravviſiamo nel caſo noſtro, eſſendo D. Diodato ſucceduto nell' iſteſſo grado, nell' iſteſſo luogo, e ne' drit-

(1) *In Juriſpr. For. Tom. 7. cap. 18. n. 2.*

dritti di unico maſchio, figlio di D. Felice, per le quali prerogative alla goduta del Maggiorato era ſtato il fratello D. Niccola invitato. Come dunque negheraſſi a coſtui l'iſteſſo dritto, avendo le medeſime qualità, e prerogative dell'altro, ch'è mancato? Sicchè convien conchiudere, che dalla fondazione del Maggiorato ſorge indubitabile la ſua chiamata, eſſendo unico figliuol maſchio di D. Felice, e primogenito della famiglia, qual era D. Niccola.

Paſſiamo in fine all'eſame dell'ultimo punto, facendo rilevar la chiamata di D. Diodato anche dalla contemplazione della famiglia Sponza, che i fondatori del Maggiorato ebbero preſente.

CAP. III.

La chiamata di D. Diodato Sponza ſi comprende anche nella contemplazione della famiglia ed agnazione, che nell' iſtrumento del Maggiorato ſi legge.

QUal conto tengaſi da' Dottori della contemplazion della famiglia abbiamo accennato nel precedente Capitolo: rimane ora a fare altre rifleſſioni egualmente appoggiate a' ſtabilimenti del dritto.

Non vi è dubbio, che i coſtitutori del Maggiorato Sponza dichiararono di fondarlo unicamente per la perpetuazione de' beni nella famiglia, e per mantenerla perpetuamente florida, ed in quello ſtato, in cui era ſtata da Dio ſituata, come nell'iſtrumento a chiare note ſi legge; e per tal fine donarono a D. Niccola, ed a' ſuoi diſcendenti, e fondarono la primogenitura. Chi ſarà dunque il vero donatario, la perſona diſegnata, o quella, a cui contemplazione la donazione ſi è fatta? Saran

D. Nic-

D. Niccola, e i suoi discendenti donatarj da per se; ovvero dimostrativamente nominati, come membri della famiglia, e parte, ed individui di questo corpo morale contemplato?

Nel dritto abbiamo in più rincontri stabilito, che se alcuno dona a Tizio, ma per contemplazione di Cajo, il vero donatario è Cajo contemplato, non Tizio, a cui il dono va diretto, perchè non si attende colui, *cum quo quis loquatur*, ma quegli, *in quem voluntatis intentio dirigetur*, per usar dell' espressioni di Papiniano (1). *Et est verum*, dice anche Ulpiano, *non solum eum, cujus nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum: verum eum quoque, qui non est scriptus, si & ejus contemplatione liberatio relicta esset* (2). E Seneca volendo le massime de' Giureconsulti al suo scopo adattare, spiegò questa stessa teoria, dicendo, ch' egli da Giureconsulto favellava: *Sed ut tamquam jurisconsultus respondeam, mens spectanda est dantis; beneficium ei dedit, cui datum voluit, si in patris honorem fecit, pater accepit beneficium* (3). Così si ha per roba dell' usufruttuario, e non del proprietario, ciò, che taluno dona al servo, di cui io godo l' usofrutto, se per mia contemplazione il dono si è fatto (4). Così si ha per un peculio, o dote profettizia, e per roba paterna ciò, che al figlio si dona, o alla figlia si costituisce in dote per contemplazione del padre (5). Si ha come roba del marito quel, ch' è donato alla moglie da' congiunti del marito (6).

Essen-

(1) *L. 77. §. 26. ff de legat. 2.*
(2) *L. 3. §. 4. 5. ff. de liberat. legat.*
(3) *De Beneficiis lib. 5., cap. 19.*
(4) *L. 21., & seqq. de usufruct.*
(5) *§. 1. Instit. per quas person. cuiq. adq., l. 5. §. 2. ff. de jure dotium.*
(6) Bartolo, Rolando della Valle, e Giulio Claro *Sentent. §. donatio qu. 10. v. sed numquid.*

Eſſendo dunque contemplata la famiglia, e queſta ſtimar dovendoſi come principal donataria, le leggi diſpongono, che quegl'individui di eſſa, che ſon nominati dimoſtrativamente, perchè membri di quello Corpo, non già taſſativamente, non godon di altro, che della preferenza a quelli, che non ſono ſtati nominati. Così è ſcritto nella *l. cum ita*, o ſia *omnia* 32. *de legat.* 2. *In fideicommiſſo, quod familiæ reliquitur, hi ad petitionem ejus admitti poſſunt, qui nominati ſunt, aut poſt omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſunt* (1).

Dietro a tali maſſime legali hanno i DD. unanimemente inſegnato analoghe dottrine, ſpecialmente ne' Maggiorati. Torre è d'avviſo, che in queſti caſi i Maggiorati *non proprie fiunt ipſi filio ad ejus totale commodum, ſed potius toti generi, ſeu deſcendentiæ, aut ſibi ipſi ad propriam memoriam conſervandam: adeo ut filius ſit potius ſtipes futurorum deſcendentium, non autem verus donatarius* (2). Ed il noſtro Sorge, verſatiſſimo per lunga eſperienza del foro in tali materie, ſcrive: *Extenſio diſpoſitionis fit de perſona ad perſonam, de caſu ad caſum, præſertim attenta ratione conſervationis bonorum in familia* (3).

Che ſe la famiglia è ſtata cauſa finale della diſpoſizione, chi non sa, che dalla cauſa, e dal fine regolar ſi deve l'interpretazione di qualſivoglia diſpoſizione? Non tutti i caſi, che ſopravvengono, poſſono prevederſi; laonde dalla ragione, e dal fine di colui, che ha diſpoſto, hanſi a re-

(1) *D. l.* §. 6.

(2) *De ſucceſſ. in majorat. Italiæ Vol.* 1. *cap.* 34. *n.* 10.

(3) *In Juriſprud. Forenſ. Tom. VII. Cap. de extin. fideicom.* 18. *n.* 11.

a regolare i casi omessi, siccome appieno si è dimostrato (1). In fatti egli è certo, che chi vuole il fine, vuol tutti i mezzi, anche quelli, che o per dimenticanza tace, o per caso non preveduto avvengono (2); come colui, che vuol l'edifizio costrutto, desidera certamente, che tutto ciò, che alla perfezione di quello conduce, si metta in opra, e tutto s'inte da voluto, se non sia stato espressamente vietato; e come quel che desidera, che altri pervenga per una strada in un luogo, non esclude, che altra direzione si prenda per giungere al bramato luogo, se la via additata venga tolta, ed impraticabile si renda: *Verba*, scrive il Molina, *seu media ipsius dispositionis considerandi non sunt, sed finis, ad quem dispositio ipsa dirigitur* (3): e'l caso non deciso per la disposizione si ha come deciso per la causa finale: *Prefatio*, soggiunge il lodato autore, *causam finalem dispositionis ostendit, ex qua dispositio ipsa extenditur . . . ., & quamvis verba dispositiva proprie non decidant certum casum, si ratio dispositionis illum decidit, ille casus dicitur proprie esse in dispositione* (4).

Da tutto ciò segue, ch'essendo stata contemplata la famiglia, anche i non nominati di essa *fideicommissum petent*, e vie maggiormente, se in ciò convenga la causa impulsiva, o finale, che dirigge, ed anima tutto il tenore della disposizione.

Sicchè ha per se D. Diodato l'indubitata volontà de' dispo-

nen-

(1) *Vedine gli esempj nel §. 3. Instit. de societ., nella l. 7. §. 2. de jurisdict., l. 20. l. 21. ff. de adopt., l. 13. §. 3. de his qui not. inf., l. 20. §. 13. de heredit. petit.*, ed altrove.

(2) *V. l. 8. §. 7. ff. de peculio legato.*

(3) *Molina de primogen. lib. 1. cap. 5. n. 14.*

(4) *Eod. cap. 1. n. 6. 7., Vedi Mantica de conject. lib. 6. tit. 13., Capecelatro Consult. 46.*

nenti, come abbiam dimoſtrato nel primo Capitolo: è incluſo nel Maggiorato in forza della forma della diſpoſizione primogeniale fondata da' Signori Sponza, ſecondo le regole de' Maggiorati, come nel ſecondo Capitolo ſi è detto: e finalmente eſſendo da' diſponenti ſtata contemplata la famiglia Sponza, vi è egli come individuo della medeſima anche compreſo, come in queſt' ultimo Capitolo ſi è manifeſtato. Onde per qualunque via il ſuo dritto riguardaſi, ed in qualunque veduta vog'iaſi eſaminare, ſi troverà ſempre nella diſpoſizione dell' Arciprete D. Agoſtino, di D. Felice, e di D. Lorenzo Sponza compreſo.

MA perchè non reſti alcun' ombra di dubbio ſul dritto di D. Diodato, è pur uopo, che ſi faccia in fine parola di una difficoltà, che contra lo ſteſſo ſi è bronto ata. Si dice, che in tempo, che D. Niccola morì, D. Diodato non era ancor nato; e che il dominio delle coſe non potendo ſtare ſoſpeſo, ſi fece allora luogo all' ultima chiamata in beneficio di D. Anna Maria, e di D. Antonia Sponza, dalle mani delle quali non ſia lecito ritogliere un dritto di già acquiſtato.

Se il più diletto, che ſopravviene eſcluda il meno diletto eſiſtente in tempo della ſucceſſione.

Or a queſto dubbio ſi protrebbe in prima riſpondere, non eſſere ſtato giammai un articolo di fede, che i dominj non debbano ſtare nè pure per un momento, ed un iſtante ſoſpeſi: Ma chi non ſa, che un tal ſiſtema ha luogo ſolo ne' fedecommeſſi ſtabiliti con atti di ultima volontà, e non già in quelli coſtituiti per atti tra vivi? *nec enim ſicut viventium, ita defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt* (1), il Giureconſulto Paolo inſegnò; ſulla qual legge nota il Gotofredo: *In pendenti contractus eſſe poſſunt, at non voluntates ultimæ, Rom n. ſingular.* 28.. Ma per diſcendere più al particolare, confeſſiamo eſſere ſtato un tal punto oggetto di gran con-

(1) *L. ult. in fin. ff. comm. præd.*

contesa fra gli Scrittori de' fedecommessi, ma soltanto per quei Maggiorati propriamente detti irregolari, e saltuarj, ne' quali essendo chiamati i maggiori di età di più linee, sembra potersi dedurre, che le linee tutte siano state quasi contemporaneamente invitate, ed il maggiore di età in tutt' esse agli altri preferito nella goduta del fedecommesso; ma non così nelle primogeniture regolari, e lineali, ove si è sempre osservata la massima di non potersi uscir dalla linea de' primi chiamati, e passar nell' ordine de' secondi, e de' terzi, se non estinta interamente la prima, cioè spenta anche la speranza di potervi essere in essa alcun individuo capace, mentre fino a che dura la speranza de' successori nella linea prediletta, non si deve far passaggio alle altre; nell' istessa guisa, che non si passa al tutore legittimo, fino a che vi è speranza potervi stare il tutore testamentario, ma si destina un interino tutore (1).

Il Cardinal de Luca trattando nel senso di verità questo articolo, non già ne' discorsi, ma nella Somma al trattato de' fedecommessi, ov' è ristretto il succo di tutte le sue dottrine, riprende que' Dottori, che vogliano sostenere il sentimento, che ne' Maggiorati d' Italia non possa la successione rimaner sospesa, durante l'evento dell' estinzione delle persone contemplate nella linea diletta: *Hæc opinio* (egli dice) *recipienda non est, utpote laborans æquivoco, claro procedendi cum iis, quæ habentur in majoratibus Hispaniæ*; ove, dice, ciò ammettersi per particolari stati in rapporto a' beni giurisdizionali, e feudali, che compongono la più gran parte de' Maggioraschi di colà (2), i quali solamente, e non gli altri, come nel precedente Capitolo abbiamo osservato, differiscono da' Maggiorati d' Italia,

(1) §. 2. *Instit. qui testam. tutor. dari possunt.*, *l.* 10. §. 3. *ff. de testam. tutela*, *l.* 10. §. 7. *ff. de excusat. tutor.*
(2) *In summa de fideicom. n.* 66.

talia ; ed altrove il lodato Porporato queſte ſteſſe maſsime ripete (1) : *Dicta concluſio procedit in majoratibus Hiſpaniæ, non autem in primogenituris Italiæ, quæ ſtare poſſunt, ac debent in ſuſpenſo*; citando a tal propoſito varie deciſioni della Ruota Romana, ed anche una del noſtro S. C. rapportata dal de Franchis (2).

E tanto è vera, e ricevuta nel foro una tal maſſima, che ſi è anche diſputato, preſſo chi, pendente la ſperanza, debbano ſtare in tenuta i beni del Maggiorato: ſe preſſo colui, dal quale ſperaſi la ſucceſſione della linea prediletta, ovvero preſſo quello, che non naſcendo la perſona della linea prediletta, ſarebbe proſsimamente chiamato alla ſucceſſione (3).

Si è giunto anche più oltre, eſſendoſi queſtionato, se avendo di già il ſucceſſore della linea meno diletta ottenuta la ſpettanza, e fatto acquiſto de' beni, poſſan rivocarſeli da mano, ſovraggiungendo il ſucceſſore della linea più diletta. In queſto ſecondo caſo fu negativo il ſentimento di Lambertino Rampone (4), Dottore, che fiorì in Bologna nel 1313., e fu maeſtro di Cino (5), del di cui ſentimento è ſeguace il lodato Cardinal de Luca. Ma queſto ſteſſo Autore non può negare, che ciò debba aver luogo nel dubbio, e quando le congetture dell'oppoſta volontà del diſponente non perſuadano in contrario, alla quale tutte le regole del dritto poi cedono (6): *Quatenus vero contingat, ut locum non habente ſuſpenſione ſucceſſionis ſu-*

(1) *Diſc. 7. n. 10.*
(2) *Deciſ. 169.*
(3) *De Luca d. diſc. 7.*
(4) *In una ſua queſtione riferita da Gio: Andrea addit. ad Specul. P. 4. de teſtam. col. 3.*
(5) *V. Pancilor. de claris legum Interpret. cap. 57., e Marco Mantova Epitome Viror. Illuſtr. n. 171.*
(6) *In ſumma de fideicom. n. 230.*

ſuperius inſinuata, donec adeſt ſpes, vel potentia proximiorum, ſeu generis prius vocati, aut prædilecti, admittatur remotior, ſeu perſona de genere minus dilecto, aut ſubſidiarie vocato; frequenter dubitari ſolet, an proximior, vel prædilectus ſupervenìens revocet a remotiore jam admiſſo ſucceſſionem ad bona. Et in hoc aut admiſſio remotioris fuit illegitima, quia nempe durante ſpe, vel potentia proximioris fideicommiſſum ſtare debeat in pendulo, ſive in ſuſpenſo; & tunc certum eſt, revocationi locum eſſe . . . . Ubi vero dicta ſuſperſione non intrante, remotior jure ſucceſſionis jam admiſſus eſt, tunc apud antiquiores id fuit ſub non modica quæſtione; verum apud moderniores Forenſes recepta videtur pro regula opinio negativa, limitanda more omnium aliarum regularum ex conjecturis diverſam teſtatoris voluntatem ſuadentibus (1). E quale congettura maggiore può darſi della contemplazion dell' agnazione, che l' iſteſſo Autore appella prepotente (2), ed efficaciſsima (3), e la più grande, e la più vigoroſa (4)?

Ma oltre le coſe dette ſembra, che ne tragga d' ogn' impaccio l' iſteſſa formola, ond' è concepita la chiamata di D. Anna Maria, e D. Antonia; *eſtinguendoſi*, cioè, *la linea, in tal caſo &c.*, le quali eſpreſsioni importano, come avvertì il S. C. preſſo il de Franchis, una condizion negativa, la quale allora reſta adempita, quando ſi giunge all' impoſsibilità, ed al caſo di non poter più eſiſtere: *Hæc conditio, quod extincta linea maſculorum ſuccedant, eſt conditio negativa, quæ tunc adimpletur, quando certum eſt eſſe non poſſe, & ad impoſſibile reducitur, ſecundum Baldum, & ita deciſum per S. C.* (5).

Diciamo in oltre, che nel punto della morte di D. Niccola non ſi verificò ancora il caſo dell' ultima chiamata in be-

ne-

(1) *Idem in ſumma n.* 278.
(2) *De fideicom. diſc.* 83. *n.* 9.
(3) *Idem diſc.* 70. *n.* 9.
(4) *Idem diſc.* 220. *deciſ. pr. Rotæ p.* 453.
(5) *Deciſ.* 169. *n.* 14.

neficio di D. Anna Maria, e di D. Antonia, per esser de' tre disponenti ancor superstiti due di essi, D. Agostino, e D. Felice. Risovvengaci, che i disponenti si sostituirono reciprocamente nella goduta de' beni, e dopo la di loro morte fecero usufruttuario il nipote D. Niccola, e tutti usufruttuarj i suoi discendenti maschi, e femmine; ed in fine invitarono D. Anna Maria, e D. Antonia senz' alcun vincolo di fedecommesso.

Suppone D. Antonia, che la proprietà de' beni sia passata in lei dal punto, che morì D. Niccola senza figli, poichè i disponenti non si riserbarono, che l' usofrutto, ed in quello solo reciprocamente si sostituirono. Ma oltre che non poteva in essa nell' atto della ritenzione dell' usofrutto trasferirsi la proprietà, quand' ella era alla proprietà chiamata *sub conditione*, in estinzion della linea di Niccola (1); certamente tal pretensione si appoggia ad un equivoco, volendosi confondere due specie diverse di usofrutto; ~~quello che i Dottori dicon~~ causale, che il padrone gode ne' propri beni, e quello, che appellasi formale, ch'è un dritto *in re aliena*. Imperciocchè in due modi può esser concepita una disposizione, o quando contemporaneamente si lascia, o dona ad uno l' usofrutto, e ad un altro la proprietà; ovvero se si lascia, o dona l' usofrutto ad uno, e dopo la di costui morte la proprietà ad un altro. Nel primo caso colui, al quale si da l' usofrutto, è meramente usufruttuario, ed è puramente proprietario l' altro. Nel secondo caso l' usufruttuario tien la divisa di proprietario, ed il proprietario tien luogo di fedecommessario, a cui, dopo la morte del primo godente, hansi a restituire i beni; ed altrimenti avvenendo, la proprietà starebbe eternamente sospesa, senza esser di alcuno de' chiamati, essendo tutti essi perpetuamente usufruttuarj; (e quel, che

(1) *Vid. L. 16. ff. de condict. indeb., l. 26. ff. de cond. inst., l. 5. §. 2. ff. quando dies legati, l. 213. ff. de V. S*

che è più, essendo tutte le chiamate condizionali, concepite, cioè, nel caso della morte del godente senza figli, il qual caso è dubbio quando avvenga, e se accada vivente l'altro chiamato, ovvero dopo la morte di costui. Onde questo caso appunto definendo il Giureconsulto Scevola disse, che quantunque sia appellato usufruttuario il chiamato, nulladimeno non è tale: *Species auri, & argenti Seiæ legavit, & ab ea petiit in hæc verba: a te Seja peto, ut quidquid tibi specialiter in auro, argento legavi, id, cum morieris, reddas, reflituas illi, & illi vernis meis: quarum rerum ususfructus, dum vives, tibi sufficiet. Quæsitum est, an ususfructus auri & argenti solus legatariæ debeatur? Respondit, verbis, quæ proponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommissi* (1). Si fattamente anche rescrissero gl' Imperatori Severo, ed Antonino, al riferir di Marciano: *Cum pecunia erat relicta Titio, ita ut post mortem legatarii ad Mævium rediret: quamquam adscriptum sit, ut usum ejus Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam; & usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem ejus, Divi Severus, & Antoninus rescripserunt* (2). Non altrimenti Scevola insegnò: *Filios heredes instituit, uxori vestem, mundum muliebrem, lanam, linum, & alias res legavit; & adiecit: proprietatem autem eorum, quæ supra scripta sunt, reverti volo ad filias meas, quæve ex his tunc vivent. Quæsitum est, utrum usufructus, an proprietas earum rerum data sit? Respondit proprietatem legatam videri* (3). E su queste tracce la notata differenza dettò il Baldo (4), la qual dottrina è stata quindi dal Peregrino seguita, e come dottrina ricevuta la propongono tra i nostri il Capecelatro, e lo Staibano: *Nota unum valde singu-*

(1) *L.* 15. *ff. de auro, & argent. legat.*
(2) *L.* 12. *ff. de usufruct. earum rer., quæ usu consum.*
(3) *L.* 39. *ff. de usu, & usufruct. legat.*
(4) *Ad l. id quod pauperibus n.* 27. *C. de Episc. & Clericis.*

gulare (ſcrive così il Capecelatro), *quod ſi aliquis eſt relictus heres univerſalis in uſufructu, & poſt ejus mortem fuerit inſtitutus alter, tunc uſufructuarius, ſua vita durante, dicetur heres univerſalis etiam in proprietate, & poſt ſuam mortem cenſebitur rogatus reſtituere ſuam hereditatem proprietario* (1). Dice lo Staibano: *Et tandem fuit conſideratum, quod in hoc caſu fuit relicta uxor heres univerſalis in uſufructu, & poſt ejus mortem fuerunt inſtituti conſanguinei, quo caſu uſufructuariam eſſe heredem in proprietate, & poſt ejus mortem videri rogatam reſtituere hereditatem, habetur ex Baldo* (2). Se dunque D. Agoſtino, D. Felice, e D. Lorenzo Sponza ſi ſoſtituirono vicendevolmente, in guiſa che ciaſcuno di eſſi godeſſe dell' uſofrutto di tutt' i beni, e dopo la morte dell' ultimo fu ſoſtituito D. Niccola nell' iſteſſo uſofrutto, e quindi tutti i ſuoi diſcendenti maſchi e femmine parimente nell' uſofrutto, e dopo l' eſtinzione della linea di Niccola furono invitate D. Anna Maria, e D. Antonia Sponza; come poſſon queſte dire aver acquiſtata la proprietà, vivenri ancora i primi ſoſtituiti D. Agoſtino, e D. Felice, quando non ſon eſſe ſoſtituite, che dopo la morte di tutti? Son queſte le parole della diſpoſizione fatta da' cennati D. Agoſtino, D. Felice, e D. Lorenzo: *Che ſeguita ſarà la morte di tutti tre eſſi ſignori Sponza donanti, delli beni ſuddetti eſſo ſignor D. Niccola ne ſia, e debba eſſere ſemplice uſufruttuario, e dopo la ſua morte la proprietà, ed uſofrutto debbano reſtare ſotto perpetuo fedecommeſſo . . . . Eſtinguendoſi la linea maſcolina, i beni debbano cedere a beneficio delle figlie femmine di D. Niccola, con avere le medeſime il ſolo uſofrutto.*

Finalmente la ragione, per cui alcuni hanno ſtimato di non rivocarſi i beni da' chiamati, che in tempo della morte dell' ultimo poſſeſſore ſi ſon ritrovati nel caſo di ſuccedere, è perchè non debban toglierſi ad eſſi di mano i beni, che han ricevuti, e ſi ſtan poſſedendo. Ma nel caſo noſtro

(1) *Deciſ.* 102. *n. ult.*
(2) *Obſ. ad reſol.* 122. *n.* 28.

ſtro coteſta ragione ceſſa del tutto, poichè non ha D. Antonia giammai poſſeduti i beni, quali colla tradizione acquiſtar ella poteva, ſpecialmente trattandoſi di diſpoſizione con atti tra vivi celebrata (1). Sicchè non togliendoſi a lei il poſſeſſo di quelli beni, che non ha mai acquiſtati, ceſſa del tutto il motivo della dottrina allegata, poichè niente viene a levarſele dalle mani.

Ma a che di più trattenerci in una riſleſsione, che ſvanisce del tutto in conſiderazione della volontà de' diſponenti, che è più della luce del Sole manifeſta in pro di D. Diodato?

La condizione della chiamata delle donne Sponza non ſi è ſpecificamente avverata.

NOn è finalmente da ometterſi, che l'azione di D. Antonia non è così chiara, com'ella pretende, che anzi potremmo noi anche dire, che ſebbene D. Diodato non foſſe chiamato alla primogenitura, pure a lei manchi l'azione, per non eſſerſi verificata la condizione della ſua chiamata, perciocchè fu ella invitata con tal condizione, *eſtinguendoſi così la linea maſcolina, come la linea femminile da detto ſignor D. Niccola, e da eſſo diſcendente, in tal caſo tutti i beni ſuddetti vadano per una metà in beneficio della ſignora D. Antonia Sponza, e per l'altra metà alla ſignora D. Anna Maria Sponza.*

Il caſo dell'eſtinzione della linea non è l'iſteſſo del caſo di non eſſere incominciata. Nè è queſto noſtro ſentimento, ma è del Maeſtro della materia fedecommeſſaria, Marcantonio Peregrino, ed egli tratta l'ha dal Giureconſulto Paolo, che su di un tal caſo ragiona. Un teſtatore legò a Tizio l'uſofrutto di Stico ſuo ſervo: legò poi a Stico la libertà, quando ceſſaſſe di eſſ-r di Tizio, finito, cioè, l'uſofrutto legato: *cum Titii eſſe deſierit.* Avvenne, che Tizio legatario premorì al teſtatore. Morto quindi il teſtatore, Stico chiedeva dall'erede la libertà legata, giacchè erasi anche avverata la condizione di non eſſer più

(1) *L. traditionibus 20. C. de pactis, l. 15. C. de rei vindic.*

più di Tizio . Paolo rispose , non esser la libertà dovuta , allegando questa ragione : *desiisse non videtur quod nec incipit* (1) . Odasi ora su tal proposito il ragionare del Peregrino : *Si testator post mortem instituti substituit masculos ipsius , & omnes descendentes : & demum linea finita substituit aliquem : & evenit institutum decessisse sine liberis , & nullos procreasse , utrum substitutus admittatur , cum non inceperit linea ? negative , quia non potest dici desiisse habere , qui nunquam habuit , Paul.* (2). La condizione adunque dell' estinzione della linea di D. Niccola non si è avverata , poichè cotesta linea non è incominciata mai.

Se dunque deve l'attore dimostrare non solo essere al fedecommesso invitato , ma essersi anche avverate tutte le condizioni della sua chiamata , possiamo noi francamente affermare, senza metter mano a' dritti di D. Diodato dal Maggiorato nascenti, che manca all'attrice il dritto di agire nel presente giudizio di spettanza, per cui non può D.Diodato possessor de'beni ricever da lei molestia, per quella massima generale, che non provando l' attore , ciò batta al reo , perchè turbato non sia , *& si nihil ipse præstet* (3) , per quelli privilegj , che gode il possessore di poter ritenere i beni, se non per suo proprio dritto, almeno per lo non dritto dell' attore (4) . Sia ciò detto per abbondanza di dire , mentre D. Diodato di questa ragione non intende avvalersi , giustamente credendo potersi fare scudo della sua ragione derivante dal fedecommesso congetturale in suo pro, in esclusion dell' attrice.

Par-

(1) *L. 96. pr. ff. de cond. & demonstr.*
(2) *De fideicom. artic. 14. n. 2.*
(3) *L. 4. C. de edendo.*
(4) *L. 2. C. de probat.*

PARTE II.

D. Antonia Sponza non può pretendere più della metà della porzione di D. Lorenzo Sponza, cioè la ſeſta parte de' beni del maggiorato.

D. Antonia Sponza nell'eſtinzione della linea di Niccola fu invitata alla ſucceſsione de' beni de' tre coſtitutori del Maggiorato inſieme con D Annamaria Sponza. De' tre fedecommettenti, Lorenzo agli altri due premorì: a D. Felice nacque altro figlio, e con ciò, per effetto della *L. ſi unquam C. de revoc. donat.*, la chiamata di D. Antonia alla porzione di coſtui ſvanì. Il Rev. D. Agoſtino interpretando la ſua mente dichiarò, aver egli inteſo comprender nel maggiorato tutt' i maſchi della famiglia. Per opera di tal dichiarazione il S. C. dalla porzion di coſtui anche D. Antonia eſcluſe, per le ragioni da noi ſopra eſpoſte, cioè che la dichiarazione non è nuova diſpoſizione, ma una interpretazione di un dubbio dall'autore ſteſſo della diſpoſizione ſpiegato. La ſentenza del S. C. per queſta parte è paſſata in giudicato; giacchè D. Antonia non ne ha prodotto verun gravame, nè alle noſtre nullità ha in alcuna guiſa inerito. Dunque per la porzione di D. Agoſtino non ha che pretendere, oſtandole anche il giudicato: *Cum Prætor, cognita cauſa, per errorem, vel etiam ambitioſe juberet hereditatem ut ex fideicommiſſo reſtitui: etiam publice intereſt reſtitui, propter rerum judicatarum auctoritatem*: così Meciano (1).

Rimane ſolo la terza porzione di D. Lorenzo. Ma come può ella interamente pretenderla, quando fu inſiem con lei nell'iſtrumento del Maggiorato D. Annamaria Sponza invitata, la quale ha i ſuoi dritti a D. Diodato rinunciati? può D. Antonia chiedere più di quel, che potrebbe a ſe ſpettare? Ma

(1) *L. 65. §. 2. ff. ad Trebell.*

Ma si dice, che avendosi i fondatori del maggiorato riserbata la facoltà di disporre; D. Lorenzo, valendosi di tal facoltà, col suo testamento istituì erede nella sua porzione la sola D. Antonia, sua sorella consanguinea, nel caso dell'estinzione della linea di Niccola; come all'opposto D Felice nella parte sua istituì erede la sola D. Annamaria sua figlia. Ciò pare, che niun pregiudizio alle due ultime donatarie allora arrecasse, essendo per esse indifferente conseguire ambedue una metà della porzione di D. Felice, ed una metà della porzione di D. Lorenzo, che unite insieme formano una quota intera; ovvero aver una la porzione di D. Felice, l'altra quella di D. Lorenzo, ch'erano eguali. Però da quel, ch'è di poi avvenuto, D. Antonia avrebbe l'intera parte di Lorenzo, ma D. Annamaria nulla avrebbe della quota di D. Felice, a cui nacque il maschio. Potea dunque esser D. Annamaria senza il di lei consenso co' testamenti di D. Lorenzo, e di D. Felice pregiudicata; in guisa che venisse privata di tutto, avendo ella già acquistato un dritto irrevocabile, ed inalterabile mercè la donazione? Non è questo un problema, ma evidenza, che il fatto posteriore di D. Lorenzo, e di D Felice non poteva a D. Annamaria recare verun pregiudizio. La donazione fatta della proprietà de'beni a D. Antonia, ed a D. Annamaria Sponza fu per atto irrevocabile tra vivi, e fu la donazione per tutt'i donatarj dal Notajo accettata. Come dunque poteva un atto irrevocabile soggiacere a rivoca? molto più, che fu la donazione dal giuramento avvalorata, onde maggior vincolo d'irrevocabilità ne deriva.

Quì però si ripiglia, che i tre donanti colla facoltà di disporre riserbatasi potevan rivocare, e correggere la donazione. Ciò è falso, poichè la riserba sì ampla potestà non contiene. Ecco la riserba quale fu: *E circa gli animali d'industrie, vacche &c., grani, orzi, contante, ed ogni altra sorte di biada, che si trovassero esistenti in tempo di morte di essi signori donanti, hanno disposto, ed assolutamente vogliono, che seguita la di loro morte, si dovessero vendere interamente, e del prezzo, che se ne ricaverà, unito al con-*

tan-

tante, che forse si trovasse nella di loro casa, sia tenuto suddetto signor D. Niccola soddisfare quelli legati, che essi signori donanti stabiliranno ne' respettivi testamenti: se ne deducesse quella somma, che sarà liquidata per legittima dovuta a se stesso sopra la porzione rappresentante il suddetto D. Felice suo padre . . . . . e lo di più del denaro perveniendo dalla vendita delle suddette industrie, grani, biade, unito a quello forse si troverà in casa, sia tenuto investirlo in compra di corpi stabili, quali restino eziandio sottoposti, e vincolati sotto il presente majorato, e fideicommesso, colle stesse clausole, vincoli, e condizioni, quali vogliono, che siano apposte nel principio, mezzo, e fine del presente contratto, ed in qualsivoglia parte di esso si stimerà necessario, nec aliter, nec alio modo. *Che perciò esso signor D. Agostino Arciprete, D. Felice, e D. Lorenzo Sponza* ex nunc pro tunc *li cedono ogni ragione, pongono li suddetti chiamati in detto majorato da grado in grado nel di loro luogo, grado, e privilegio, e lo costituiscono procuratore irrevocabile come in cosa propria, non avendosi riserbato per loro fusso, nè ragione alcuna, se non se l' usofrutto di detti beni presenti, e futuri, sottoposti al detto majorato, loro vita durante tantum, e le dispositioni da fare co' di loro respettivi testamenti.*

Esaminandosi dunque le parole di detta riserba, chiaramente si vede non contener altro, se non che una facoltà di fare ne' loro testamenti de' legati, da pagarsi col prezzo degli animali, e delle vettovaglie, e col contante, che essi lasciassero: che anzi nè pur si vede essere stata loro idea di assorbire con de' legati tutto quel prezzo; poichè s' impone, che il rimanente dal donatario convertir si dovesse in compra di beni stabili al Maggiorato addetti. Soggiungono perciò, che il di più di detto prezzo rimanesse al fedecommesso sottoposto; a quale oggetto a' chiamati cedevano ogni loro dritto, non avendosi essi riservato altro, che l' usofrutto, *e le dispositioni da fare co' loro rispettivi testamenti*, cioè le disposizioni di sopra dette, val dire quelle, che antecedentemente riserbate si aveano, poichè qui rammentano solamente quel, che in-

nan-

nanzi si avean riserbato, non già che qui facciansi la riserba.

Ora questa riserba sì limitata, e ristretta può giammai estendersi a diroccare la donazione, e variar le chiamate? Sarebbe ciò un assurdo, e cosa direttamente alla disposizione apposta; essendo del tutto incompatibile l'asserire, che in una scrittura talun prometta anche con giuramento di non rivocare in alcun modo la donazione già fatta; e nel tempo istesso si riserbi la facoltà di rivocarla! E si può egli interpretare una scrittura in guisa, che uno si renda contraddittorio a se stesso, dica nel tempo medesimo e disdica, e voglia cose opposte, e ripugnanti!

EPILOGO.

RAccogliendo dunque tutto ciò, che si è fin qui diffusamente detto; se D. Diodato Sponza sua ragione ripete da tre limpidissimi fonti, 1. dalla volontà de' disponenti tratta da manifestissime congetture, e dalla posterior dichiarazione della maggior parte di essi. 2. dalla qualità della disposizione primogeniale, e 3. dalla contemplazione della famiglia; crediamo in tanta evidenza poter egli nella savièzza, e giustizia del S. C. una fondata speme riporre, perchè messo l'affare in miglior esame, abbiasi la sentenza contro di lui profferita a rivocare, con escludersi D. Antonia Sponza da ogni parte de' beni del maggiorato; anche perchè colla già detta sentenza si è a lei data l'intera porzione di D. Lorenzo, di cui, quando si voglia il Maggiorato atterrare, e farsi un guasto alla volontà de' fedecommettenti, altro ella pretender non potrebbe, che una sola metà, a cui fu da Lorenzo nel formare il Maggiorato invitata.

Napoli 4. Novembre 1796.

Andrea Gabellone.
Gaetano Volpicelli.
Francesco Maria Magliano.

VA1
1546977